

Débora Ferrazzo, Ivone Fernandes Morcilo Lixa, Lucas Machado Fagundes
(Organizadores)

TEORIA CRÍTICA E HUMANISMO JURÍDICO

O Pensamento de Antonio Carlos Wolkmer



Tomo I



Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát
Universidad Autónoma de San Luis Potosí
Universidade do Extremo Sul Catarinense

O mês de abril de 2022 foi emblemático: pela comemoração dos 70 anos do destacado Professor Antonio Carlos Wolkmer e pelos 30 anos da defesa de sua tese de doutorado. Esses dois eventos tão importantes não poderiam passar despercebidos, então decidimos organizar uma homenagem. Encaminhamos convites a pesquisadoras e pesquisadores para que se juntassem a nós e as respostas vieram de toda parte. As autoras e os autores que participam desta obra prontamente enviaram seus textos, demonstrando o quão ansiado era esse reconhecimento aos feitos de nosso Mestre.

Apresentamos neste livro, textos provenientes de diversos países, perspectivas teóricas e muitas histórias. Redigidos em duas línguas, toda essa diversidade está unida por um fio condutor: a influência que Antonio Carlos Wolkmer exerceu e exerce tão fortemente sobre o pensamento jurídico crítico, não apenas brasileiro, mas também latino-americano e até mesmo além. Todos os textos dialogam com a obra e com os principais temas da rica trajetória do nosso homenageado, que procuramos ilustrar em quatro grandes momentos que se sucederam dialeticamente na produção teórica de Wolkmer: o Pluralismo Jurídico, a História do Direito, a Teoria Crítica – em especial, a crítica jurídica – e finalmente, o constitucionalismo latino-americano, em que se destacam os direitos da natureza e o Buen Vivir. Em torno desses quatro temas orbitam os artigos desta obra que são agora apresentados.

Acreditamos que a leitura será para você, tão profícua e encantadora quanto foi para nós!



9 786078 645428

TEORIA CRÍTICA E HUMANISMO JURÍDICO
O Pensamento de Antonio Carlos Wolkmer

Tomo I



COLECCION
PENSAMIENTO CRÍTICO
DEL DERECHO

Débora Ferrazzo
Ivone Fernandes Morcilo Lixa
Lucas Machado Fagundes
(Organizadores)

TEORIA CRÍTICA E HUMANISMO JURÍDICO

O pensamento de Antonio Carlos Wolkmer

Tomo I



Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát
Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí
Programa de pós-graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense
Aguascalientes / San Luis Potosí / Criciúma

2022

Ferrazço, Débora (Org.)

Teoria crítica e humanismo jurídico. O pensamento de Antonio Carlos Wolkmer/ Ivone Fernandes Morcilo Lixa (Org.), 1ª ed. Aguascalientes-San Luis Potosí-Criciúma: CE-NEJUS-UASLP-UNESC, 2022. 376 p.: 15x21 cm.

ISBN OBRA COMPLETA: 978-607-8645-41-1.

ISBN TOMO I: 978-607-8645-42-8.

1. Teoría crítica. 2. Derecho. 3. Derechos humanos. I. Machado Fagundes, Lucas, org., II. Título.

Primera edición, 2022

Colección Pensamiento crítico del derecho

© Derechos reservados por

Débora Ferrazço, Ivone Fernandes Morcilo Lixa y Lucas Machado Fagundes (Coordinadores)

© Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, A.C.

Colón #443, Barrio de Triana,
20240, Aguascalientes, Ags., México

© Universidad Autónoma de San Luis Potosí

Álvaro Obregón #64, Centro
78000, San Luis Potosí, S.L.P., México

© Universidade do Extremo Sul Catarinense

Av. Universitária, 1105
Bairro Universitário
CEP 88806-000, Criciúma, Santa Catarina, Brasil

ISBN OBRA COMPLEJA: 978-607-8645-41-1.

ISBN TOMO I: 978-607-8645-42-8.

Esta publicación fue aprobada a través de un proceso de dos dictámenes, a doble ciego, de pares académicos avalados por el Consejo Editorial del Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, A.C., con el objetivo de garantizar su calidad y pertinencia en la contribución a la generación y aplicación del conocimiento.

*Obra dedicada ao professor Dr. Antonio Carlos Wolkmer,
uma homenagem à sua brilhante trajetória como docente e pes-
quisador jurídico.*

AGRADECIMENTOS

Agradecemos a tod(a)s o(a)s colegas que atenderam ao chamado para contribuir com um texto a esta homenagem ao querido professor Antonio Carlos Wolkmer.

Também o agradecimento ao CENEJUS que aceitou publicar a obra e à Universidade Autônoma de San Luis Potosí.

Igualmente o agradecimento à Universidade do Extremo Sul Catarinense pelo apoio na publicação.

Caminante no hay camino, se hace camino al andar.

Antonio Machado

SUMÁRIO

TOMO I

Apresentação	15
Poema em prosa a Antonio Carlos Wolkmer José Isaac Pilati	26
Antonio Carlos Wolkmer: Una vida comprometida con la justicia social y en favor de los excluidos desde la coherencia académica y epistémica David Sánchez Rubio	28
Filosofía de la liberación: Un pensamiento para fundamentar el derecho alternativo y el pluralismo jurídico... y para construir una amistad Jesus Antonio de la Torre Rangel	39
Filosofia da libertação, crítica jurídica e pluralismo: Uma justificação filosófica descolonial Celso Luiz Ludwig	47
Un nuevo paradigma del derecho: Pluralismo jurídico y filosofía de la liberación Alejandro Rosillo Martínez	62
El sistema de satisfactores/realizadores históricos (pluralidad), el sistema de necesidades/capacidades transculturales (comunidad): un aporte para el pluralismo jurídico crítico emancipador de A. Carlos Wolkmer Antonio Salamanca Serrano	100
Antonio Carlos Wolkmer: Uma trajetória que faz história Ivone Fernandes Morcilo Lixa, Débora Ferrazzo y Lucas Machado Fagundes	127

Humanismo jurídico, pluralismo e emancipação social: Reflexões em torno de dois modelos teóricos convergentes Eduardo C. B. Bittar	146
Pluralismo jurídico, institucionalidad estatal democrática y reforma de la enseñanza de la historia del derecho Eric Eduardo Palma, María Francisca Elgueta	173
A interculturalidade e o pluralismo jurídico como categorias necessárias para “ruptura” do conhecimento jurídico colonial Raquel Fabiana Lopes Sparemberger	196
Translegalidade e pluralismo jurídico: Uma crítica à compreensão colonial sobre a difusão e a constituição dos sistemas jurídicos Fernanda Frizzo Bragato	225
O discurso de James Monroe em 1823 e seus reflexos contemporâneos sobre os povos latino-americanos: Uma revisão histórico-crítica Daniel Raizer Fiamoncini, Débora Ferrazzo	244
El Cacique Carampangui y la justicia de la guerra indigena Eric Eduardo Palma	277
Sobre las “leyes estúpidas”: ¿Expresión de la falta de cultura histórica para el derecho? (A partir de un video de Oobah Butler en YouTube) Ricardo Rabinovich-Berkman	304
Reflexiones críticas alrededor de la categoría Estado de Derecho Solange Delannoy, Adriana Mack	323

Reseña de Wolkmer, Antonio Carlos, <i>Teoría Crítica del Derecho desde América Latina</i>, Akal, 2017	371
Marcelo Raffin	

TOMO II

“Anotações para uma leitura acerca de possíveis violações sobre direitos culturais no ensino superior brasileiro: Celebrando a iniciação filosófica ‘Wolkmeriana’ rumo ao estudo da Teoria crítica frankfurtiana”	391
Ney Alves de Arruda	
Hacia una epistemología del pensamiento jurídico crítico	436
Mylai Burgos Matamoros	
Contribuições e desafios para o pensamento crítico dos direitos humanos	465
Manuel Eugenio Gándara Carballido	
La lucha por la vida en Nuestra América: Una defensa del pluralismo jurídico	492
Alma Guadalupe Melgarito Rocha, María José Balderrama Trenti	
Crisis del Constitucionalismo: Entre la regulación y la anomia: homenaje al profesor Antonio Carlos Wolkmer	512
Maria Jose Fariñas Dulce	
La teoría crítica del derecho y el pluralismo jurídico en Antonio Carlos Wolkmer, desde una perspectiva intercultural	525
Juan Carlos Abreu y Abreu	
A educação jurídica diante do Novo Constitucionalismo Latino-Americano	542
Maria Aparecida Lucca Caovilla, Antonio Carlos Wolkmer	

A diferença e seus diabos: Uma abordagem crítica da igualdade moderna na literatura de Eduardo Galeano Doglas Cesar Lucas, André Leonardo Copetti Santos	562
Los pueblos nasa y misak y su resistencia desde el pluralismo jurídico crítico en Colombia Nicole Velasco Cano, Jairo Vladimir Llano Franco	612
Derechos humanos y la protesta social en Colombia Hernando León Londoño Berrío, Juan Esteban Jaramillo Giraldo	634
Pluralismo jurídico e constitucionalismo Samuel Mânica Radaelli	673
Comunidades nómicas y ecológica de liberación. Notas sobre un marco comprensivo del pluralismo jurídico en conflictos socioambientales Alejandro Medici	695
Aproximações à alternativa andina do “vivir bien/buen vivir” Daniela Mesquita Leutchuk De Cademartori, Sergio Urquhart De Cademartori	715
Francisco y Evangelio socioambiental Álvaro Sánchez Bravo	747
Sobre os autores	768

Apresentação

Ao início do ano de 2021, nos demos conta de que 2022 seria emblemático: o destacado Professor Antonio Carlos Wolkmer completaria 70 anos de idade e a defesa de sua tese de doutoramento, completaria 30 anos. Decidimos que dois eventos tão importantes não poderiam passar despercebidos, em especial por nós, que temos tido nos últimos anos o privilégio de aprender tanto com o generoso Mestre, que desde nossos estudos de Mestrado, tem nos acompanhado como orientador e como amigo.

Encaminhamos convites a pesquisadoras e pesquisadores, a juristas de diversos países e, para nossa alegria –embora por conta da precedência da reputação do homenageado não tenha sido exatamente uma surpresa– recebemos muitas respostas entusiasmadas, realmente motivadas a participar desta homenagem. Isso nos fez perceber que não apenas nós, mas tantos outros pensadores destacados concordam que a importância do momento não poderia passar sem uma justa homenagem.

Reunimos então os trabalhos encaminhados de tantos países, de tantas perspectivas teóricas, desde tantas histórias. Foi comovente ter o acesso primeiro aos textos que seguem nesta obra, consignando sua homenagem, sua admiração e seu afeto por esse professor que marcou a vida de tantas pessoas. Em duas línguas diferentes –português e espanhol– artigos, relatos, poema, foram prontamente enviados. Seguem metodologias, assim como estruturas formais distintas, abordam temas variados, mas todos unem-se por um fio condutor: a influência que Antonio Carlos Wolkmer teve e tem tão fortemente sobre o pensamento jurídico crítico, não apenas brasileiro, mas também o latino-americano e até mesmo além.

Pensando em preservar a riqueza da diversidade desses capítulos, que refaz a trajetória do pensamento do nosso homenageado, optamos por adotar a mínima padronização, basicamente apenas em relação à apresentação formal. Distribuímos as preciosas e belas contribuições tentando reconstruir –em ordem mais ou menos cronológica e em largos traços, já que aqui tratamos de uma rica carreira teórica– diferentes momentos e temas que marcaram as contribuições do pensamento de Antonio Carlos Wolkmer para a comunidade jurídica e para a própria sociedade:

Ainda que não se possa definir claramente uma linha divisória entre temas e abordagens, os primeiros textos ocupam-se principalmente de discussões em torno do Pluralismo Jurídico; a esses seguem-se capítulos em interlocução com a história do direito ou com o método histórico-crítico de investigação jurídica. Após, temos as contribuições que abordam e/ou aportam a Teoria Crítica, em especial, a jurídica. Fechando o conjunto de homenagens, reunimos os ensaios a respeito do constitucionalismo latino-americano e, em especial, reflexões relativas aos direitos da natureza e ao *Buen Vivir*, temas que tem encontrado no estágio atual da produção acadêmica, pensamento e obra de Antonio Carlos Wolkmer um importante reforço, na forma de um pensamento engajado e impulsionador de engajamentos.

Dessa forma, José Isaac Pilatti abre essa coletânea celebrando a bela amizade com nosso homenageado por meio de um “Poema em prosa a Antonio Carlos Wolkmer”, e assim, nos dá um vislumbre da vasta e importante obra de Wolkmer, mas acima de tudo, de seu caráter e solidariedade humanitária.

Segue-se o texto de David Sánchez Rubio, “Antonio Carlos Wolkmer: una vida comprometida con la justicia social y en favor de los excluidos desde la coherencia académica y epistémica”, no qual, o professor espanhol, antes de apresentar um breviário da obra e das qualidades do homenageado, narra uma amizade e parceria acadêmica iniciada nos anos 1990, quando Wolkmer partici-

pou de sua banca de doutorado, na Faculdade de Direito da Universidade de Sevilla.

Também nos brinda um relato da amizade iniciada nos fins dos anos 1980, Jesus Antonio Rangel, que, em seu texto “Filosofía de la Liberación: un pensamiento para fundamentar el derecho alternativo y el pluralismo jurídico... y para construir una amistad” resgata correspondências epistolares trocadas ao longo dos anos, mostrando como o interesse pela Filosofia da Libertação, em especial pela América Latina, culminando no Pluralismo jurídico, aproximou esses dois importantes teóricos.

Avançando na seção dedicada ao tema do pluralismo jurídico, Celso Ludwig participa com o texto que foi uma destacada conferência sua, apresentada no I Encontro Internacional sobre “Descolonização e Pluralismo Jurídico na América Latina”, realizado em Florianópolis-SC, no ano de 2013. O texto, “Filosofia da Libertação, crítica jurídica e pluralismo: uma justificação filosófica *descolonial*”, bem demonstra a importância dos temas centrais – pluralismo jurídico e filosofia da libertação – para situar o pensamento e realidade latino-americanos entre Totalidade e Exterioridade, e, portanto, também sua importância para uma Teoria Crítica do Direito, em especial, a crítica descolonial.

Alejandro Rosillo Martínez, com o texto “Un nuevo paradigma del derecho: pluralismo jurídico y filosofía de la liberación”, também articula uma reflexão teórica a respeito do pluralismo jurídico e filosofia da libertação, situando o primeiro como prática concreta da filosofia da libertação na América Latina, que, diante da crise do paradigma moderno de direito, pode fornecer contribuições para um novo paradigma jurídico. Para tanto, explica Rosillo, o pluralismo jurídico haveria de superar suas formas conservadoras e firmar-se como projeto emancipador, e, com base na obra de Wolkmer e na Filosofia da Libertação, apresenta elementos para esse pluralismo de legalidade alternativa e emancipatória.

Antonio Salamanca Serrano apresenta o artigo “El sistema de satisfactores/realizadores históricos (pluralidad); el sistema de necesidades/capacidades transculturales (comunidad): un aporte para el pluralismo jurídico crítico emancipador de A. Carlos Wolkmer”. Nesse artigo, busca estabelecer um diálogo interdisciplinar com a obra de nosso homenageado e situa sua análise no âmbito do paradigma jusnaturalista de tradição marxista, buscando a legitimação para o sistema de necessidades e capacidades humanas a partir do dinamismo histórico e da pluralidade da vida em comunidade.

Nós, os organizadores desta obra, buscamos compartilhar alguns privilégios que alcançamos por meio da convivência com o Professor Antonio Carlos Wolkmer: conhecer sua história de vida, em especial, com fatos marcantes que não conhecíamos e que nos foram dados a conhecer em entrevista realizada para a elaboração desta obra. Também, conhecer o seu pensamento e perceber a importância de sua obra na vida de tantas pessoas. Ainda que numa apertada síntese, mas procurando fazer jus a esse privilégio, tentamos compartilhar um pouco dessa história.

A seguir, temos a contribuição de Eduardo Bittar, “Humanismo jurídico, pluralismo e emancipação social: reflexões em torno de dois modelos teóricos convergentes”, em que também vem consignada a trajetória acadêmica e diálogos que aproximaram os juristas ao longo dos anos. Na oportunidade aberta por esta coletânea, Bittar propõe-se a debruçar-se sobre a tarefa de refletir a interseção de temas como humanismo, democracia, emancipação e pluralismo, delimitados na extensa obra de Wolkmer para demonstrar a profícua interlocução entre dois modelos teóricos convergentes: Pluralismo Jurídico (do homenageado) e Humanismo Realista (de Bittar).

Eric Eduardo Palma e María Francisca Elgueta analisam a importância do ensino jurídico, numa perspectiva distinta daquela que se ocupa basicamente da validação da tradição hegemônica

ocidental, ou seja, numa perspectiva histórica e crítica em relação à opressão colonizadora sobre os povos indígenas, que hoje também a denunciam. Com seu trabalho intitulado “Pluralismo jurídico, institucionalidad estatal democratica y reforma de la enseñanza de la historia del derecho”, concluem que essa consciência crítica é necessária para avançar na formação de juristas engajados na promoção de um pluralismo que valorize o modo de vida do “outro”.

Testemunhando sua admiração pelo homenageado, que perpassa as dimensões teóricas, acadêmicas e ético-pessoais, Raquel Fabiana Lopes assina o artigo “A interculturalidade e o pluralismo jurídico como categorias necessárias para ‘ruptura’ do conhecimento jurídico colonial”, no qual reflete sobre o silenciamento de vozes e experiências no âmbito das relações e epistemologia coloniais, diante do que, defende um novo paradigma, intercultural e decolonial, que pode se consolidar no campo do direito atribuindo-lhe força viva e capacidade de mudança diante dos problemas reais da comunidade.

Fernanda Frizzo Bragato discute a “Translegalidade e pluralismo jurídico: uma crítica à compreensão colonial sobre a difusão e a constituição dos sistemas jurídicos”, resgatando parte não publicada de sua tese defendida em 2009, com a participação do Professor Antonio Carlos Wolkmer na banca avaliadora. Dialogando com Wolkmer, empreende uma análise que situa a condição de países como os latino-americanos em sua condição de colônia, para problematizar o paradigma de Direito, incluída a ciência jurídica, que tem se limitado a “cópias” do modelo europeu e, dessa forma, busca formular uma crítica a respeito das insuficiências desse sistema e estabelecer um diálogo entre a ideia de pluralismo jurídico, de Wolkmer, e a proposta de translegalidade, de Twining.

Avançando para a seção de textos que exploram o aporte de Antonio Carlos Wolkmer no âmbito da História do Direito, Daniel Raizer Fiamoncini e Débora Ferrazzo aplicam fundamentos his-

tórico-metodológicos, que puderam aprender na ocasião de terem cursado disciplinas na pós-graduação em Direito com o Professor aqui homenageado. Aplicam então, esse método de análise histórico-crítico para estabelecer uma compreensão além da aparência do fenômeno, problematizando o sentido passado e contemporâneo da “Doutrina Monroe” para os povos periféricos, no texto “O discurso de James Monroe em 1823 e seus reflexos contemporâneos sobre os povos latino-americanos: uma revisão histórico-crítica”.

Eric Eduardo Palma volta a contribuir com esta homenagem, agora com o texto “El cacique Carampangui y la justicia de la guerra indígena”, em que se apoia em fontes históricas elaboradas por cronistas, para analisar o discurso que esses atribuem ao cacique mapuche Carampangui, e, no que se refere à regulação das comunidades indígenas pela coroa castelhana, apresentar uma perspectiva teórica distinta da tese dominante (do bom governo, com reconhecimento e proteção dos súditos), à qual o autor atribui lacunas, demandando outra explicação: que contemple a condição efetiva das comunidades indígenas, inclusive dos chamados “índios de guerra” (não pacificados) e dos chamados “índios de paz” (pacificados).

Consignando seus votos de estima e amizade pelo homenageado desta obra, Ricardo Rabinovich-Berkman compartilha a análise teórica que desenvolveu a partir de reflexões suscitadas por um vídeo em que normas supostamente “estúpidas” eram satirizadas. Com o texto “Sobre las ‘leyes estúpidas’: ¿expresión de la falta de cultura histórica para el derecho? (a partir de un video de Oobah Butler en Youtube)”, lança essa dúvida: são mesmo estúpidas as leis, ou nos falta cultura histórica para compreendê-las? A oportunidade de participar desta homenagem o motivou a compartilhar essas reflexões, já que tanto a consideração da dimensão histórica – ou historicidade – quanto a perspectiva crítica em relação aos argumentos, marcaram e destacaram a trajetória de Antonio Carlos Wolkmer.

Solange Delannoy e Adriana Mack, festejando não apenas a revelação do oculto pela Teoria Crítica, mas sua proposição de novos caminhos possíveis diante das crises enfrentadas, apresentam o texto “Reflexiones críticas alrededor de la categoría estado de derecho”, em que submetem a tal perspectiva o Estado de Direito, a lei e a democracia, para situar ambos como projeto da modernidade em crise, especialmente diante do processo de globalização. Diante de tal crise, defendem a necessidade de compreender os limites desse sistema, mas também as características de uma política pluralista e democrática.

Marcelo Raffin participa com sua perspicaz “Reseña de Wolkmer, Antonio Carlos, Teoría Crítica del Derecho desde América Latina, CDMX, akal, 2017”, na qual sintetiza a obra do nosso homenageado, contribuindo na difusão dessa que o resenhista considera uma obra síntese de várias décadas de reflexão teórica, mas ao mesmo tempo, uma obra de vanguarda, extremamente valiosa por seu conhecimento sólido e profundo.

Na sequência, o capítulo “Anotações para uma leitura acerca de possíveis violações sobre direitos culturais no ensino superior brasileiro: celebrando a iniciação filosófica ‘wolkmeriana’ rumo ao estudo da teoria crítica frankfurtiana”, de Ney Arruda nos conduz numa incursão crítica a respeito da práxis teórica educacional, suscitando perplexidades e apontando contradições no âmbito do ensino superior. Adota o enfoque a teoria crítica de Wolkmer, apontada como “verdadeira escola filosófica brasileira” e cuja contribuição tem aportado o refinamento de diversos estudos.

Mylai Burgos Matamoros, com o artigo “Hacia una epistemología del pensamiento jurídico crítico”, apresenta delineamentos teóricos e propósitos epistemológicos e críticos para um conhecimento jurídico crítico, situando o Direito como fenômeno sociopolítico, sendo que essa perspectiva contemplada pelo pensamento jurídico crítico evidencia o fenômeno como expressão de

um campo *em* e *de* disputa, no marco da luta de classes e das contradições existentes entre grupos sociais.

Segue-se, no capítulo de Manuel Eugenio Gándara Carballido: “Contribuições e desafios para o pensamento crítico dos direitos humanos”, refletindo a respeito de elementos constitutivos de um pensamento jurídico crítico, para o qual o autor defende a necessidade de uma “filosofia impura”, bem como a necessidade estar atendo às múltiplas narrativas em disputa e do papel que cada uma desempenha ou teria o potencial de desempenhar para o *direito* e para os *direitos*.

Alma Guadalupe Melgarito Rocha e María José Balderrama Trenti refletem a respeito dos desafios e tensões violentamente impostos pelo modo de produção do mundo do capital; um modo que produz a miséria, mas ante o qual se insurgem as vozes dos povos indígenas, quilombolas, tradicionais, dos povos que há mais de quinhentos anos questionam esse sistema e apontam para outros mundos possíveis e lutam pela vida. Trata-se de um questionamento ao direito moderno apresentado no artigo intitulado “La lucha por la vida en Nuestra América: una defensa del Pluralismo Jurídico”.

No capítulo “Crisis del constitucionalismo: entre la regulación y la anomia (Homenaje al profesor Antonio Carlos Wolkmer)”, Maria Jose Fariñas Dulce aponta novas complexidades que emergem no início do século XXI e agitam o debate em torno da crise do constitucionalismo. Isso tem a ver tanto com os problemas associados à hiperinflação normativa, quanto com a constitucionalização dos sistemas e o ativismo judicial que coexistem com novos espaços do pluralismo jurídico, intensificando a tensão inerente ao sistema positivo de direitos, para os quais poderia figurar como alternativa estruturas em rede e um projeto de constitucionalismo global.

Juan Carlos Abreu y Abreu, em “La teoría crítica del derecho y el pluralismo jurídico em Antonio Carlos Wolkmer, desde

una perspectiva intercultural”, discute o pluralismo jurídico como fenômeno prático-histórico, aportado na sólida teoria reputada ao homenageado desta obra. Esse fenômeno se relaciona com a produção e aplicação de direitos, mesmo à margem do Estado e, dessa produção emergem novas bases para a justiça e para a ação libertadora dos agentes sociais e assume como objetivo primordial, transformar a legalidade injusta não em outra menos desfavorável, mas sim, numa identificada com os direitos dos setores populares.

Celebrando sua primeira publicação em coautoria com o então orientador Antonio Carlos Wolkmer, Maria Aparecida Lucca Caovilla e o homenageado (para o qual foi mantido o “mistério” da obra até sua publicação), assinam o capítulo “A educação jurídica diante do novo constitucionalismo latino-americano”, texto precursor de uma série de reflexões da autora, que culminaram na delimitação de sua pesquisa doutoral. Nesse texto, propõem uma reflexão a respeito dos desafios colocados à educação jurídica, em especial diante dos novos paradigmas que emergem das lutas dos movimentos populares e étnico raciais, no âmbito das novas constituições latino-americanas.

Douglas Cesar Lucas e André Leonardo Copetti Santos assinam o capítulo “A diferença e seus diabos: uma abordagem crítica da igualdade moderna na literatura de Eduardo Galeano”, um estudo em que buscam a identificação de elementos para uma análise crítica “da ideia de igualdade pela presença da categoria conceitual da diferença”. O aporte vem da literatura de Galeano, na qual os autores identificam o potencial epistemológico para desenvolver tal análise, por meio de elementos que hoje se designam por epistemologias do sul global.

No artigo “Los pueblos Nasa y Misak resistencia desde el pluralismo jurídico crítico en Colombia”, Nicole Velasco Cano e Jairo Vladimir Llano Franco abordam o aporte de Wolkmer, especificamente sobre a Teoria Crítica e o pluralismo jurídico, campos em que vêm na obra do autor objeto de estudo obrigatório para

informar as pesquisas. Dessa forma, partem do pluralismo jurídico comunitário-participativo para desenvolver uma análise da situação dos povos indígenas Nasa e Misak.

Hernando León Londoño Berrío e Juan Esteban Jaramillo Giraldo discutem os “Derechos humanos y la protesta social en Colombia”, festejando a oportunidade de participar dessa obra em homenagem ao autor ao qual reputam o devido *satus* de Mestre, não apenas por conta de sua conduta solidária, respeitosa e horizontal em relação aos demais, mas também por sua trajetória teórica, onde expressa uma genuína vontade de aprender tanto com grandes teóricos, quanto com grupos de luta e resistência que ressignificam os direitos humanos.

Samuel Mânica Radaelli analisa novos paradigmas elaborados desde as mais recentes constituições latino-americanas, especialmente, Equador (2008) e Bolívia (2009), com o artigo “Pluralismo Jurídico e constitucionalismo”. Entre esses paradigmas, aponta o Plurinacionalismo e as manifestações comunitárias, que se projetam no campo político, reinventando a relação entre democracia e Constituição.

Com a participação de Alejandro Medici, refletimos a respeito do pluralismo jurídico nos conflitos socioambientais, com o artigo “Comunidades nómicas y ecológica de liberación. Notas sobre un marco comprensivo del pluralismo jurídico en conflictos socio-ambientales.” Nesse texto, a partir de uma abertura compreensiva que privilegia a diversidade de percepções a respeito das formas de interação entre as comunidades e a natureza, o autor defende a relevância do pluralismo jurídico emancipatório e intercultural e da lição de Wolkmer a respeito da necessidade de superação que o cenário de insurgência e criatividade podem aportar para uma simbiose planetária.

O capítulo seguinte, de autoria de Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori e Sergio Urquhart de Cademartori, intitulado “Aproximações à alternativa andina do “Vivir Bien/Buen

Vivir”, também analisa paradigmas do constitucionalismo latino-americano e desdobramentos relacionados à natureza. Na proposição dessa análise, os autores comemoram os trinta anos da defesa de uma tese que segue se mostrando atual e pertinente, especialmente em relação ao cenário do continente, onde tem frutificado em tantos estudos e análises. Lembram que “Naqueles dias o Brasil ainda estava de costas para a América Latina e o olhar do jovem Doutor a partir da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina se antecipava este contato”.

Num misto de alegria e saudosismo pelo contentamento que esse rico conjunto de textos nos despertou, encerramos esta homenagem com o capítulo que Álvaro Sánchez Bravo dedica ao seu “querido Mestre, amigo e intelectual, Antonio Carlos Wolkmer”. Com o texto nomeado “Francisco y evangelio socioambiental”, o autor parece promover o encontro entre a) o estágio atual do pensamento de Wolkmer, que tem se dedicado à reflexão da necessidade de novas formas de estar no mundo e relacionar-se com a natureza, um campo em que seu aporte teórico tem sido convocado de modo cada vez mais frequente e b) um dos temas que marcou o início de sua trajetória: a teologia da libertação. Tema aliás, que tem acompanhado a própria história latino-americana e influenciado vidas e ideias dedicadas à luta dos nossos povos.

Poema em prosa a Antonio Carlos Wolkmer

José Isaac Pilati

O coração nasce bem antes da pessoa, e na vida afora sempre vai à frente, entabula, combina, e discreto e de longe participa das recepções que nos destina e contrata; vigilante manda trazer mais vinho e providencia o lenço para as lágrimas, quando termina em tristeza. Sendo assim desse modo sermos como somos de as coisas virem de dentro como se viessem de fora, nunca nos sentimos completamente donos de nós mesmos; mas também nunca perdemos o rumo de boiar em nós, como a rolha, como a folha ouvindo a fonte água abaixo, a caminho do mar. A plenitude.

O coração de Antonio Carlos Wolkmer viajou pelo Sul do Brasil; providenciou-lhe amor, filho, família, neto e livros. E assim desceu ele do Vale do Rio dos Sinos abaixo, a ouvir grafitos e ver estantes com metodologias e ciência política; passou pelas corredeiras ensurdecedoras do pluralismo jurídico, do constitucionalismo latino-americano, da história do direito com descolonização – as corredeiras de Santa Catarina, onde pontuavam Luís Alberto Warat, Cesar Luiz Pasold, Fernando Coelho e todos os outros no Curso de Doutorado: um remanso de muitos anos e muitos amigos.

O coração é uma ave que avoa, que nasce fora e bem antes da própria pessoa, e que se aninha no peito para voar nas ideias. E lá vai o nome de Antonio Carlos Wolkmer, Professor Emérito e semeador de ideias pelo mundo: Espanha, Itália, México, Perú, Colômbia, Argentina, Chile, Equador, Venezuela, Canadá, França, Costa Rica, Porto Rico. A servir sopa de siglas: CAPES, CNPq, UFSC, PPGD, UNESC, UFRGS, UNILASALLE, CONPEDI, ABRAFI, ACALEJ, IBHD, CLACSO. Escrever livros e alunos, a semear teses e cursos, a coordenar programas e projetos.

Se um dia perguntarem como era a sua pessoa, o mais simples dos seus amigos dirá que o seu coração nunca se distraiu de focar a causa da humanidade; que sua obra canta como os pássaros, do alto e do voo. Era puro de coração, e nunca precisou de favores do mundo, aqueles que cobram, aviltam e botam algemas. Da sua pessoa destacava-se o timbre da voz na autoestima. A vivacidade ubíqua de estar no novo e no velho, quase ancho em certa completude. E seu perfil, como diria García Lorca, destacava-se num silêncio de plateia, um fundo que vinha *de los ojos de diós*.

Antonio Carlos Wolkmer: Una vida comprometida con la justicia social y en favor de los excluidos desde la coherencia académica y epistémica

David Sánchez Rubio

1. Introducción. Hombre serio, riguroso y profesional de corazón grande

Tuve el privilegio y el honor de conocer a mi querido y admirado Antonio Carlos Wolkmer en Sevilla, el día que defendí mi tesis doctoral en el año 1994 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Él formaba parte del tribunal de calificación junto con Antonio Enrique Pérez Luño, Ramón Soriano Díaz, Horacio Cerutti Guldberg y Antonio Ruiz de la Cuesta. Mi director fue el malogrado y querido Joaquín Herrera Flores. Hay personas que, nada más conocerlas, se las percibe con una buena energía y unas sensaciones de agrado y de respeto. Fue eso lo que me sucedió con el ius-filósofo gauchó. Su seriedad y su profesionalidad a la hora de atenderme y hacer las observaciones a mi trabajo, nunca las olvidaré. Antes de conocerlo, era uno de mis referentes por ser, junto con Jesús Antonio de la Torre Rangel, de los pocos especialistas que conectaba el mundo jurídico con el pensamiento de liberación latinoamericano. Así mismo, me inspiró en todo lo relacionado con el pluralismo jurídico en América Latina y, en particular, con el denominado movimiento *Direito Alternativo*, la asesoría jurídico-popular y los estudios críticos de Roberto Lyra Filho a partir de una perspectiva dialéctica y su proyecto jurídico alternativo e insurgente denominado *Direito achado na rua*, continuado de manera admirable, consistente y valiente por José Geraldo de Souza Junior.

Una vez que tuve la oportunidad de conocerlo personalmente, esa grata sensación inicial que tuve, se confirmó afianzándose

con el transcurso del tiempo en el que pudimos desarrollar una hermosa amistad. A ello se le añade el hecho que hay que tener en cuenta de ser, para mí, Wolkmer es uno de los máximos representantes de la teoría jurídica crítica latinoamericana y de renombre mundial.

2. Corazón grande

En primer lugar, me gustaría entrar en las cualidades personales de mi querido amigo, pero no lo voy a hacer con detalle, aunque sí resaltaría su inmensa generosidad, ternura y bondad acompañada de su simpático porte de persona despistada, meditabunda y reflexiva, pero también observadora. Solo añadiría que es un ser humano con un corazón muy grande y solidario, además de ser leal con sus amigos y de ser entrañablemente fiel con su familia como padre y abuelo. A título de ejemplo de lo que vengo diciendo sobre su hermandad, así lo ha demostrado con su permanente presencia en el programa de Doctorado de Derechos Humanos y Desarrollo, posteriormente convertido en Maestría, que Joaquín Herrera Flores fundó y en el que yo colaboré durante bastantes años, en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Incluso tras el triste y trágico fallecimiento del iusfilósofo sevillano, siguió apoyando el programa, siendo leal a su legado, asistiendo, sin dudarle en ningún momento, como profesor invitado.

Muchas son las simpáticas anécdotas que podía contar y que sucedieron a lo largo de tantos años he tenido, pero no lo voy a hacer. Solo contaré una que para mí es muy especial y que sucedió en la ciudad mexicana de Guadalajara hace bastantes años (mejor no decir el año concreto e insistir con minuciosidad en el pasado, pues el transcurso del tiempo da vértigo), cuando ocurrió uno de los dos encuentros que he tenido el privilegio de experimentar estando juntos, Jesús Antonio de la Torre Rangel, Antonio Carlos Wolkmer y yo. En una de las plazas que está frente a la Catedral,

entre conversaciones distendidas, filosóficas y existenciales, en uno de los quioscos me pedí un tequila junto con mi amigo del alma aguascalienteño, que medio me aficionó al mezcal y también al tequila. Antonio Carlos Wolkmer, que no bebe una sola gota de alcohol y, hasta la fecha de hoy, no le he visto tomar más de una copa de vino, tuvo la osadía de pedirse otro tequila como gesto solidario y cómplice. Pese a que lo pasó mal porque, en sus mismas palabras acompañada de una afable sonrisa, la bebida estaba un poco fuerte, su gesto fue entrañable e inolvidable. Inmediatamente percibimos su sacrificio fraterno. La verdad es que nos produjo mucha ternura. Hay momentos en los que determinados gestos reflejan bien la energía del alma...

3. Su valía epistémica, teórica y práctica

En segundo lugar y en lo que afecta a su valía como referente académico y epistémico, destacaría las siguientes cualidades y especialidades, sin querer ser exhaustivo:

3.1. Académico, docente e investigador ejemplar

Como investigador y docente, es impresionante su capacidad de trabajo, su seriedad, su rigor y su profundidad en los estudios que ha venido realizando, principalmente pero no de manera exclusiva, en el campo de la filosofía del derecho, la sociología del derecho, la historia del derecho y el pensamiento político. Asimismo, pocas personas como él, he visto tan atentas y tan profesionales en atender a los estudiantes. Sus tutorías siempre son enriquecedoras por la capacidad de análisis metodológico, bibliográfico y de cuidado de los aspectos formales que toda pesquisa debe tener. Siempre se preocupa por leer todas las tesis de grado, de maestría y de doctorado que asume como tutor, director o por ser miembro de un tribunal de calificación. Esta seriedad ha sacado los colores a muchí-

sima gente, con toda la razón del mundo. Contar con él es una garantía de encontrarse con alguien que no va a decepcionar nunca, porque uno sabe que dedicará una atenta lectura a los trabajos.

En cuanto a sus clases, charlas y conferencias, siempre bien organizadas y estructuradas, reflejan y expresan perfectamente la sapiencia y el conocimiento que tiene de los temas que explica pausadamente y con un alto grado de profundidad, poniendo siempre una especial atención al elemento histórico y evolutivo de las instituciones, las normas y los conceptos a los que pone atención.

3.2 Concientizar y abrir horizontes desde y con los de abajo

Asimismo, dentro de su fuerte compromiso por las personas vulnerables y explotadas, ha sido y es uno de los principales promotores y difusores de las teorías críticas del derecho en Europa, Estados Unidos y América Latina. Ha hecho una detallada y meritoria sistematización de la pluralidad de corrientes existentes, con sus respectivos autores, ilustrando de la diversidad de enfoques que hay y actualizando la bibliografía nueva y a la última, pues es un lector empedernido de todo lo que va saliendo. Cuando te encuentras con él, siempre te informa de últimos descubrimientos en el mundo jurídico y político críticos. Incluso tiene el detalle de regalarte algunas fotocopias de sus últimos trabajos. Sus libros introductorios sobre la materia son un claro ejemplo de su capacidad panorámica e ilustrativa de todas las corrientes que existen. Diría que esto es un dato que nos sitúa en el permanente inconformismo de Wolkmer por lo empíricamente dado y por su búsqueda de posibilidades nuevas y nuevos horizontes en el ámbito jurídico crítico, con el objetivo de ir creando comunidad.

3.3 Viajero cosmopolita en favor de la liberación y lo de-colonial

Como buen brasileño y latinoamericano, desde hace mucho tiempo viene desplegando valiosos esfuerzos por reivindicar y promocionar el saber jurídico y los saberes de otras ciencias sociales y de humanidades realizadas dentro del sur geográfico y simbólico de América Latina. Especial mención ha puesto en el pensamiento de liberación y, más recientemente, en el denominado pensamiento de-colonial o des-colonial. Sus enfoques humanistas, cosmopolitas y sensibles contra cualquier expresión de exclusión y discriminación, han sido, no solo iusfilosóficos, sino también, desde una mirada interdisciplinar, sociológicos, políticos e históricos. Pero no solo se queda ahí. No es un investigador que se encierra en las bibliotecas, sino que es un viajero que se desplaza a múltiples lugares que valen la pena visitar por tener un especial compromiso con el pensamiento crítico. De ahí su capacidad de articular y promocionar redes entre centros y grupos con afinidad y empatía por los grupos y actores populares que luchan por la justicia y la dignidad humana. Resulta difícil verle decir que no allí donde le invitan. Es alguien que no para y que necesita moverse para promocionar, concienciar, divulgar y potenciar el pensamiento crítico y, fundamentalmente producido en América Latina. Creo que el Wolkmer viajante o viajero refleja una de las fuentes motivadoras que le empujan a seguir luchando por sus principios y valores éticos y políticos, con aire fresco y renovado.

3.4 Su pluralismo jurídico comunitario participativo

Por otra parte, considero que ha sido y es uno de los primeros pensadores en visibilizar la existencia de un pluralismo jurídico de los de abajo, nacido en la calle o producido por los grupos subalternos, proponiendo referentes y marcos conceptuales de defensa de esas

expresiones jurídicas con criterios de emancipación y de liberación. Aquí me voy a detener con más detalle.

Resulta curioso percibir cómo la mayoría de los defensores tradicionales del monismo jurídico han tenido que cambiar sus paradigmas al aceptar expresiones de pluralidad jurídica, procedente de mundo económico de los negocios o de las *lex mercatoria* y debido a los contextos marcados por la globalización. Pero pocos se abren a la capacidad popular de crear y producir un derecho no estatal. Si lo hacen es con la boca chica. El pluralismo comunitario participativo que defiende Antonio Carlos Wolkmer se basa, al menos, en dos razones fundamentales: a) porque permite una mejor interpretación de la complejidad de los actuales acontecimientos que el contexto de la globalización está provocando sobre el mundo jurídico; y b) porque en su versión emancipadora, el derecho puede ser un instrumento al servicio de los colectivos más desprotegidos y vulnerables: los excluidos de la Tierra.

Desde tiempos atrás, mi admirado amigo nos habla de un pluralismo jurídico conservador y un pluralismo jurídico emancipador. El primero se construye haciendo inviable la organización de los grupos sociales e impide la participación ciudadana al aplicarse bajo un prisma autoritario y despótico. Expresiones concretas son: el corporativismo medieval, el pluralismo burgués liberal y el intento actual global de pluralismo transnacional que el neoliberalismo y el neocolonialismo de los países de capitalismo central avanzado están implantando bajo la lógica del mercado. El segundo, como estrategia progresista de integración, procura promover y estimular la participación múltiple de los segmentos populares y de los nuevos sujetos colectivos de base. Se trata de una propuesta de un tipo de pluralismo jurídico participativo e integrador que refleje las estructuras sociales dependientes. Frente a un pluralismo construido desde arriba, por quienes controlan el poder político, cultural y económico dentro de los procesos hegemónicos de globalización, ahora Wolkmer interpela un pluralismo del derecho

desde abajo, de los propios sujetos colectivos, y fundado en el desafío de construir una nueva hegemonía que contemple el equilibrio entre la voluntad general y los intereses particulares. A partir de una postura militante y comprometida, nuestro autor apuesta por un proyecto de un “nuevo” derecho transformándolo en una instancia al servicio de la justicia, la emancipación y la dignificación de los seres humanos. Su propuesta parte de una noción de pluralismo jurídico, capaz de reconocer y legitimar normas extra e infraestatales, engendradas por carencias y necesidades provenientes de nuevos actores sociales, y capaz de captar las representaciones legales de sociedades emergentes marcadas por estructuras con igualdades precarias y pulverizadas por espacios de conflicto permanente.

No obstante, el pensador gaucho no ha pretendido nunca minimizar el derecho estatal. Toda su crítica no es destructiva, sino constructiva, por eso, lo considera un derecho necesario, pero no suficiente. Apenas es una de las muchas formas jurídicas que pueden existir en la sociedad. Sí es cierto que piensa que es el derecho del Estado es fundamental e importante, pero cuando se habla de pluralismo jurídico, éste cubre no solamente prácticas independientes y semiautónomas con relación al poder estatal, sino también prácticas normativas oficiales y formales junto con prácticas no oficiales e informales. Por esta razón, confieso que, de sus planteamientos he ido deduciendo que de la misma manera que nos podemos encontrar con manifestaciones jurídicas estatales con características conservadoras, autoritarias y despóticas y con muchas otras de corte progresista y emancipador, lo mismo sucede con otras expresiones jurídicas no estatales. Uno tiene, a veces la sensación, de que cuando se denuncia la insuficiencia del derecho estatal y la lógica procedimentalista que lo apoya, ya eso implica su rechazo absoluto. Pero no es así. Además, de la misma manera que existen múltiples expresiones del derecho estatal totalitario también sucede con múltiples manifestaciones jurídicas no estatales. Puede

haber un derecho no estatal despótico y excluyente, así como un derecho no estatal que es expresión de relaciones sociales incluyentes, solidarias y participativas que son quienes realmente interesan al iusfilósofo brasileño y que en su pensamiento nos da claves de lecturas y pistas orientativas para saber discernirlas.

En América Latina nos encontramos con ejemplos de esferas sociales donde todavía existe una conciencia de pluralidad de niveles de organización que no está aniquilada por el imaginario del Estado y que muestran sus límites. Los pueblos o naciones indígenas son los máximos representantes de esta diversidad. En la modernidad periférica latinoamericana, muchas unidades sociales disponen difusamente de diferentes códigos jurídicos que no tienen por qué ser alternativas plurales al funcionamiento legal del derecho estatal (comunidades quilombolas, movimientos sin tierra (MST) o sin techo, colectivos de campesinos, comunidades de vecinos o de barrios en suburbios de las grandes ciudades, etc.), pero sí pueden serlo por su lucha sistémica, institucional y situacional cuyas estrategias matizan sus dimensiones jurídicas. Que no lo sean, tampoco quiere decir que automáticamente dejen de ser expresiones jurídicas. En una época de tantos cambios donde el mundo cada vez más se globaliza y, a la vez, se fragmenta, una perspectiva pluralista y no monista del derecho permite una mejor explicación de la incesante red de sentidos y la multiplicidad de centros, de poderes y de actores que confluyen con roles diversos. Resulta un error imperdonable tanto rechazar en su totalidad el derecho oficial y el papel garante del Estado como reducir cualquier manifestación de lo jurídico al patrón estatalista. Toda absolutización de cualquier elemento de la realidad, anula la perspectiva general y confunde el todo con la parte, ya sea ese elemento el Estado, la sociedad, el derecho estatal, la forma jurídica o el mercado. Wolkmer ha sabido reflejarlo muy bien en su obra acompañando a los grupos discriminados, explotados, marginados, excluidos por el sistema capitalista.

3.5 Interculturalidad, derechos humanos, común, naturaleza y buen vivir

Finalmente, terminando con un bloque más multi-temático, considero que un objetivo básico del pensamiento de Antonio Carlos Wolkmer es encontrar un nuevo criterio de racionalidad o un nuevo paradigma existencial y de vida (incluso nuevos paradigmas, en plural), que permitan explicar la complejidad de la realidad social latinoamericana y mundial (vinculado con lo que él mismo denomina un nuevo paradigma societario de producción normativa). No solo cree verlo en un nuevo concepto de pluralismo jurídico comunitario participativo o pluralismo jurídico transformador, en los términos de Boaventura de Sousa Santos, también denominado democrático, por otros/as autores, sino también en los aportes de los proyectos de vida cuyas sociabilidades y relacionalidades se mueven desde dinámicas de emancipación, liberación y con lógicas cooperativas, solidarias y colaborativas confrontando el egoísmo colonial, mercantilista y competitivo del capitalismo. De ahí que nuestro querido amigo haga una apuesta arcoíris de varios temas interrelacionados y con múltiples bifurcaciones:

a) Sus estudios sobre las justicias indígena, comunitaria, popular e informal le han llevado a profundizar en los procesos constituyentes de Ecuador y Bolivia bajo en llamado Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano en clave de-colonial con la construcción de estados plurinacionales a partir de los resultados en las constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

b) Proyección y ampliación de lo reflejado y objetivado en esas constituciones con la entrada del pensador brasileño en la interculturalidad real pautadas desde otras lógicas, otras racionalidades u otras visiones del mundo que permiten reinventar las instituciones políticas y enfrentar las dinámicas de un capitalismo caníbal, colonial, patriarcal, eco-cida y monocultural.

c) La concretización de esa interculturalidad con sus propuestas de vincular los derechos humanos desde una mirada com-

pleja y emancipadora con las luchas de los pueblos indígenas, sus derechos colectivos y sus formas de organización de la vida con la armonía de la Naturaleza y la necesidad de reconocerla como sujeto de derechos, al igual que los ríos, el agua y el aire para sentar las bases de un mundo en el que quepamos todos junto con la Naturaleza y el respeto de su biodiversidad.

d) Relacionado con lo anterior, aquí entra el nuevo paradigma de lo común, lo pro-común o pro-comunes y la comunalidad o lo comunitario, también entendido en clave relacional y como proceso en permanente estado de cambio, mutación y transformación, en tanto principio político y ético que reacciona frente al proceso de mercantilización de todas las parcelas de la realidad. En términos institucionales y en términos valorativos, Antonio Carlos Wolkmer recupera ese principio o valor olvidado de la Revolución Francesa basado en la fraternidad.

Karl Polanyi se refería a tres modos de organización económica y social que permitían el sustento de los miembros de las sociedades: el intercambio expresado en formas distintas de mercado (cooptado al final por el capitalismo desde la mercantilización de todas las parcelas de la vida humana y no humana, la competitividad y la crematística); la distribución, acaparado por las sociedades occidentales por la institución del estado; y la colaboración y cooperación de las formas comunales o basadas en lo común, desde la horizontalidad y los reconocimientos mutuos, principio olvidado y encerrado por la expansión de la modernidad liberal capitalista y acentuada por el neoliberalismo en la época actual.

Pues bien, considero que Antonio Carlos Wolkmer participa, junto a muchas otras y otros autoras y autores en potenciar el principio de la fraternidad sobre el que hay que envolver los principios de libertad e igualdad, siendo lo común la base relacional que empane y caracterice a las instituciones públicas del Estado y privadas del mercado. Por esta razón, mi querido amigo gaucho se dedica últimamente por entender y hacer entender la cultura andina, que-

chua, aymara y guaraní basada en el buen vivir (*sumak kawsay* quichua, *suma qamaña* aymara y el *ñanderico* guaraní), junto con las filosofías y pensamientos africanos cimentados en el *Ubuntu*.

En relación a todo esto, creo que Wolkmer sabe coordinar muy bien las culturas bio-centristas y eco-centristas con su humanismo deliberación que Franz Hinkelammert sabe expresar muy bien con la frase (que yo complemento con sensibilidad ecológica) de que el ser humano junto con la Naturaleza, deben ser siempre los seres supremos para el ser humano, a partir de su rica y maravillosa pluralidad y diferencia.

En definitiva, la luz de Antonio Carlos Wolkmer ilumina, entre otras muchas cosas, para comprender los actuales ordenamientos jurídicos y sistemas normativos que no se reducen al estado-centrismo propio de la hegemonía monista liberal euro-céntrica, colonial y occidental, proporcionando criterios para cultivar y promocionar manifestaciones de pluralidad jurídica e interculturalidad de carácter emancipador, liberador, basados en lo común y en la fraternidad e inspirados por valores como la dignidad y la justicia solidaria a partir de aquellos colectivos que más sufren los efectos perversos de capitalismo neoliberal, patriarcal, racista y desigual.

Filosofía de la Liberación: Un pensamiento para fundamentar el derecho alternativo y el pluralismo jurídico... y para construir una amistad

Jesús Antonio de la Torre Rangel

1. Introducción

Con mucho gusto escribo en homenaje de mi amigo, Antonio Carlos Wolkmer, que cumple setenta años de vida y treinta años de haber presentado su muy importante tesis de doctorado sobre Pluralismo Jurídico.

Conocí personalmente a Wolkmer, si mal no recuerdo, el 23 de marzo de 1996, en Curitiba. Mi amigo Carlos Marés me había invitado a participar en un curso de Derecho Agrario, dentro del “Encontro Paz na Terra, Direito a Vida”, que se celebró en Cuiabá del 19 al 22 de marzo de 1996; y luego pasamos a Curitiba, en donde me invitaron a dar una conferencia en el Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos (IBEJ). Coincidió que Wolkmer estaba ese día en la capital del Estado de Paraná, y me buscó para encontrarnos personalmente, para conocernos. Teníamos intercambio de ideas, de libros y, propiamente, académico, desde octubre de 1988, hace 34 años.

A final de cuentas, el tema en que coincidimos y nos ha mantenido en constante comunicación, es la Filosofía de la Liberación relacionada con el Derecho.

2. “Filosofía de la Liberación”: el motivo del inicio de una amistad

En una carta fechada en Florianópolis el 10 de octubre de 1988, Antonio Carlos Wolkmer se dirige a la revista *Crítica Jurídica*, que

editaba en México el gran jurista argentino Óscar Correas. Le escribe al “director responsable”, y pide datos para localizar al propio Correas. Su comunicación inicia en estos términos:

Cordiais Saudações,

Sou professor universitário em uma Faculdade de Direito (Universidade do Vale do Rio dos Sinos), na cidade de São Leopoldo, cerca de 32 kms. de Porto Alegre, capital do Estado do Rio Grande do Sul. A Universidade que trabalho tem 22.000 mil alunos, sendo 4.000 matriculados no Direito. Desde março deste ano, estou fazendo Doutorado em Filosofia do Direito e da Política, na Universidade Federal de Santa Catarina (sul do Brasil). Pretendo desenvolver minha tese final sobre Direito e Filosofia da Libertação na América Latina. Gostaria do endereço de professores mexicanos que estão trabalhando com este tema. Agradeceria também poder receber o endereço atualizado do Prof. Oscar Correas, pois ficaria feliz em poder manter intercâmbio.

Como podemos leer, Wolkmer se refiere a su proyecto de investigación de tesis de doctorado que pretende escribir sobre Filosofía de la Liberación ligada al Derecho. Solicita direcciones de profesores que traten el tema.

Óscar Correas me reenvió la carta de Wolkmer. Así que, con fecha de 23 de noviembre de 1988 le escribí al profesor brasileño, manifestando tener noticias de él por el editor de *Crítica Jurídica* y diciéndole que por mi parte me había acercado al tema de “Filosofía de la Liberación y Derecho”. Junto con la carta le envié varios textos de mi autoría, entre libros y artículos, en donde me refería al tema de manera explícita e implícita; así le acompañé mi libro *Apuntes para una Introducción Filosófica al Derecho* y un artículo titulado “Hacia un Iusnaturalismo Histórico “. Era el principio no sólo

de un intercambio epistolar y académico, sino también el comienzo de una amistad que hasta hoy perdura.

Con fecha 6 de marzo de 1989, Wolkmer me contestó desde Florianópolis, agradeciendo “de coração todo o material enviado”. Agrega en su carta una amable felicitación por dedicarme al tema de Filosofía de la Liberación y Derecho.

Há muito tempo que vinha manter contato com outros estudiosos do Direito, principalmente, com interessados e conhecedores de uma perspectiva filosófica libertadora voltada para a América Latina. Não se pode negar o grande impulso teórico que teve o processo libertador no âmbito da Teologia (Gutierrez, Boff, etc.) e da Filosofia (Dussel, Salazar Bondy, Leopold Zea, A. Roig, Scannone, etc.), entretanto, a nível do Direito as pesquisas são escassas e principiantes. Neste contexto, sem dúvida, sua obra é pioneira e bastante oportuna, felicito-o por isso.

Continuamos Wolkmer y yo con la correspondencia epistolar y enviándonos, mutuamente, material académico como libros y artículos. Por los motivos del homenaje que hacemos a Wolkmer, vale la pena citar otra carta del amigo, con fecha 25 de febrero de 1992, precisamente el año de la presentación de su tesis de doctorado, porque se refiere a ese evento y al nacimiento de su hijo.

Minhas desculpas por demorar tanto para escrever-te. Dois acontecimentos tem absorvido muito de meu tempo nos últimos meses: (a) o nascimento de meu primeiro filho (01 de Janeiro) e (b) desde o final do ano passado e começo deste ano venho trabalhando nos últimos capítulos de minha tese de Doutorado em Direito (terminei a poucos dias), pensó defendê-la em abril/92. A tese que se converterá futuramente em um livro, tem como título “Pluralismo Jurídico e os Movimentos Sociais”.

3. Juridificación de la Filosofía de la Liberación

Según la vieja corriente de filosofía del derecho llamada Iusnaturalismo (Clásico), la justicia –lo justo objetivo–, los derechos humanos –expresión más cara de los derechos subjetivos o facultades–, y el bien común –en cuanto principio normativo que distribuye derechos y obligaciones–, constituyen de manera prioritaria el ser del Derecho, son parte esencial de la juridicidad. Sin embargo, justicia, derechos humanos y bien común, son temas que tienden a quedarse en la teoría, o convertirse en conceptos vacíos de contenidos; son simples ideas y abstracciones. En otras palabras, se hacen ahistóricos, quedando sólo en los libros y en los discursos.

Se hace necesario, entonces, encontrar un modo de presentar teóricamente el discurso iusnaturalista y sus temas fundamentales, de tal manera que no se quede en abstracciones, y pueda hacerse *palabra viva*, que siempre tenga algo que decir socialmente, esto es a los seres humanos reales de carne y hueso. Sólo de esta manera el discurso iusnaturalista puede asumir su papel de disidencia frente a la injusticia real de cada día, y sólo así, también, el Iusnaturalismo puede hacer una contribución efectiva a que sus temas más caros tengan vigencia más allá del mundo de las ideas. Nosotros lo hemos intentado juridificando la Filosofía de la Liberación de Dussel¹.

En nuestro concepto, las categorías de esta filosofía permiten la historización de los derechos humanos, el bien común y la justicia. Es el *otro*, desde la *exterioridad*, el que dará siempre la pauta de una búsqueda histórica de la vigencia real de los derechos humanos, la justicia y el bien común. Y de un modo inequívoco, son los oprimidos, los pobres, las víctimas, el otro en su expresión más radical, los que nos permitirán darle el dinamismo histórico, a la justicia y al bien común, pues viene reclamado por aquellos que sufren violación sistemática de sus derechos.

1 DE LA TORRE RANGEL, J.A., 2016; 1992; 2001; 2011.

4. Pluralismo jurídico y Ética de la alteridad

Wolkmer también ha juridificado la Filosofía de la Liberación; lo ha hecho al teorizar sobre el *pluralismo jurídico*. Veamos de qué modo lo hace.

Considero que Wolkmer es el teórico más importante del *pluralismo jurídico*. Esta propuesta teórica del Derecho surge para dar respuesta a la multitud de colectivos humanos que están surgiendo en las sociedades latinoamericanas con diversas exigencias tendientes a la satisfacción de todo tipo de necesidades y que no están siendo satisfechas ni por la autoridad del Estado ni por la sociedad.

La concepción del *pluralismo jurídico*, nace de un rompimiento epistemológico: se comienza por negar que el Estado sea, a través de su normatividad y complejidad institucional, la fuente de origen y exclusiva de la producción del Derecho. Wolkmer escribe:

La importancia de la discusión sobre el pluralismo jurídico en cuanto expresión de un ‘nuevo’ Derecho es plenamente justificada, por cuanto al modelo de cientificidad que sustenta el aparato de reglamentación estatal liberal-positivista y la cultura normativista lógico-formal ya no desempeña su función primordial, que es la de recuperar los conflictos del sistema institucionalmente, dándoles respuestas que restauren la estabilidad del orden establecido. (WOLKMER, 1994, p. XIII).

Los procesos sociales generados por esos nuevos actores sociales, por esos nuevos sujetos históricos, produce una juridicidad que rebasa la establecida por el Estado, hace que surjan juridicidades plurales. A Wolkmer le preocupa el tema de la ética, y en sus reflexiones lo lleva a estas nuevas realidades sociales y es entonces que recurre al pensamiento de Dussel y habla de una *ética de la alteridad*.

La discusión y articulación de un proyecto alternativo que conduzca a un “nuevo Derecho” pasa, hoy en día, necesariamente por la redefinición de una racionalidad emancipadora, por el cuestionamiento de los valores y por la fundamentación de una ética política de la praxis comunitaria, por el redescubrimiento de un ‘nuevo sujeto histórico’ y, finalmente, por el reconocimiento de los movimientos y de las prácticas sociales como fuentes generadoras del pluralismo jurídico. (WOLKMER, 1991, p. 33).

El que fuera por tantos años profesor de la Universidad de Santa Catarina, insiste en la *ética de la alteridad*, ya que implica la responsabilidad por el *otro*, lo que hace posible la riqueza de la vivencia comunitaria y la convivencia de las diferencias.

El nuevo *sujeto-histórico*, con ética de la *alteridad*, que al crear derecho rebasa por insuficiente el “monismo normativo lógico-formal de la cultura moderna liberal-burguesa capitalista” (WOLKMER, 1991, p. 39), y que concibe el Derecho “en tanto que dogma normativo producido por la fuerza y por la imposición del Estado” (WOLKMER, 1991, p. 32), ese nuevo *sujeto histórico*, decimos, lo constituyen los *movimientos sociales* que “recrean y reinventan, por medio de sus prácticas participativas, la esfera de la vida pública” (WOLKMER, 1992, p. 129), con varios “centros de producción normativa” y con un carácter múltiple y heterogéneo.

Para Wolkmer son muy importantes los principios éticos en la constitución de una nueva juridicidad. Sostiene, como hemos dicho, que la ética de la *alteridad* debe ser el fundamento del Derecho Alternativo. Dice que la construcción de esta ética no depende de cuestiones “ontológicas” ni de “juicios a priori” universales, sino que surge de concepciones valorativas que advienen de las propias luchas, conflictos e intereses de los sujetos históricos que permanentemente se están afirmando. El contenido que constituye esta ética, en cuanto que expresa valores emergentes –justicia, solidaridad, autonomía, emancipación– de los nuevos sujetos so-

ciales (individuos y/o colectivos), como forma de destrucción de la dominación y como instrumento pedagógico de *liberación*, tiene dos condiciones esenciales, según nuestro autor: 1) se inspira en la *práxis concreta* y en la situación histórica de las estructuras socio-económicas hasta hoy explotadas, dependientes, marginalizadas y colonizadas; y 2) las categorías teóricas y los procesos de conocimiento son encontrados en la propia cultura teológica, filosófica y socio-política de América Latina. Y Wolkmer (1996, p. 144) define esa ética al decir:

La Ética de la alteridad es una ética antropológica de la solidaridad, que parte de las necesidades de los sectores humanos marginados y se propone generar una práctica pedagógica liberadora, capaz de emancipar a los sujetos históricos oprimidos, que soportan la injusticia, expropiados y excluidos. Por ser una ética que debe reflejar los valores emancipatorios de nuevas identidades colectivas que van afirmando y reflexionando una *práxis concreta* comprometida con la dignidad del “otro”, encuentra sus subsidios teóricos no sólo en las prácticas sociales cotidianas y en las necesidades históricas reales, sino igualmente en algunos presupuestos epistemológicos de la llamada vertiente latinoamericana de la ‘Filosofía de la Liberación’, que tiene sus marcos referenciales en la obra de Enrique D. Dussel. (WOLKMER, 1996, p. 144).

5. Consideraciones finales

La Filosofía de la Liberación ha sido muy importante para la reflexión crítica e innovadora del Derecho en América Latina. La visión del *Pluralismo Jurídico* que ha sustentado el profesor Wolkmer lo demuestra.

Bibliografía

- DE LA TORRE RANGEL, J.A., *Del pensamiento Jurídico Contemporáneo. Aportaciones Críticas*. México: Ed. Miguel Ángel Porrúa y Escuela Libre de Derecho, 1992.
- DE LA TORRE RANGEL, J.A., *Derechos Humanos desde el Iusnaturalismo Histórico Analógico*. México: Ed. Porrúa y Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2001.
- DE LA TORRE RANGEL, J.A., *Iusnaturalismo Histórico Analógico*, México: Ed. Porrúa, 2011.
- DE LA TORRE RANGEL, J.A., *Apuntes para una Introducción Filosófica al Derecho*. Varias ediciones, México: Ed. Porrúa, 2016.
- WOLKMER, A. C., “Pluralismo Jurídico y movimientos sociales”, en *El Otro Derecho* N° 7. Bogotá: Ed. Temis e ILSA, 1991.
- WOLKMER, A. C., “Direito Comunitário Alternativo. Elementos para um ordenamiento teórico práctico”, en *Lições de Direito Alternativo* 2. São Paulo: Editora Acadêmica., 1992.
- WOLKMER, A. C., *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. Sau Paulo: Ed. Alfa-Omega, 1994.
- WOLKMER, A. C., “Direito Alternativo: Proposta e Fundamentos Éticos”, en *Ética e Direito: um diálogo*. Aparecida: Editora Santuário, 1996.

Filosofia da Libertação, crítica jurídica e pluralismo: Uma justificação filosófica *descolonial*

Celso Luiz Ludwig

1. A filosofia da libertação

O tema sugere muitas possibilidades de compreensão e encaminhamento.

Nesse largo horizonte da filosofia, faço um recorte metodológico e epistemológico na direção da *filosofia da libertação* e também partir de possível classificação paradigmática da filosofia. Essa breve indicação tem o objetivo restrito de permitir o sentido das expressões “filosofia da libertação”, “filosofia transmoderna”, “filosofia pós-colonial”, “filosofia da alteridade”, “filosofia da exterioridade”, “filosofia analética”, situadas de algum modo no recorte específico da reflexão filosófica do chamado giro *des-colonial*.

A premissa indicativa inicial é da existência de uma *lógica da totalidade* na filosofia produzida em poucos países do Norte, inadequada em alguma medida para os países periféricos e semiperiféricos do Sul, tendo em vista a *redução* da *alteridade* e da *diversidade* à *mesmidade* e à *unidade*. Trata-se do império de um *monismo filosófico* que deslegitima o *pluralismo*. A tese é a da necessidade de um *pluralismo filosófico como alternativa para as alternativas*, como alternativa para a *alteridade ou para as alteridades*. E nessa condição, ver o sentido da construção e da produção do *pluralismo filosófico* e seu sentido para o *pluralismo jurídico*, na ótica do já anunciado giro *descolonial*.

A divisão paradigmática da filosofia (HABERMAS, 1990, pp. 21-22) já nos mostra os paradigmas do *ser*, da *consciência*, da *linguagem* (Habermas) e da *vida* (Dussel). *Vida concreta de cada sujeito como modo de realidade* – ou paradigma da *vida concreta* – é o paradigma da *filosofia da libertação*. Parte do *sujeito vivente*. Nesse quadro da filoso-

fia, a demarcação teórica do nosso tema – o pluralismo e a filosofia - indica uma argumentação que será *paradigmática*, e a escolha recai sobre o paradigma do *sujeito vivente*. Com tal demarcação teórica, que leva em conta o *projeto* de mundo que está em jogo, o horizonte é o da *transmodernidade*, particularmente proposto pelo pensamento contra-hegemônico e pelas *filosofias de libertação* ou *descoloniais*. O que se intenta é a possibilidade da *crítica da totalidade a partir da exterioridade*, da *crítica colonial desde a descolonialidade*. E para além da possibilidade, está em questão a *necessidade* de tal crítica. Questão que abre espaço para a reflexão filosófica na linha de um *giro epistemológico descolonial*, uma das *condições de possibilidade* de justificação filosófica do *pluralismo emancipatório* e da *filosofia da libertação*.

2. A Filosofia da Libertação

2. 1. *As categorias da totalidade e da exterioridade*

A categoria da *totalidade* pode ser compreendida a partir de diferentes filosofias. Por conta disso, o importante é compreender o movimento que ocorre entre unidade e multiplicidade. Habermas (1990, p. 151) chama a atenção para a seguinte dinâmica da filosofia:

Unidade e multiplicidade, foi desde o início, o tema mais importante da metafísica. Esta pretende deduzir tudo a partir de uma unidade; desde Platão ela se apresenta, em suas manifestações mais marcantes, como doutrina da unidade do todo; a teoria tem como alvo o uno na condição de origem e fundamento do todo.

E na lógica dos paradigmas o tema da unidade e da multiplicidade é colocado de modo diferente de acordo com o paradigma em jogo –ontológico, mentalista, linguístico (HABERMAS, 1990, p. 154), ou vivente (Dussel)–.

Na análise crítica feita por Enrique Dussel, a *unidade* aparece como fundamento. Ela pode se apresentar na condição de *ser*, de *sujeito* ou de *sentido* para a multiplicidade; ou, na condição de *não-ser*, de *não-sujeito* ou de *não-sentido* da multiplicidade, sempre segundo a dinâmica do paradigma envolvido. O alvo da teoria é sempre o uno como origem e fundamento do todo, na constatação de Habermas (1990, pp. 151-166). Esse movimento também ocorre na filosofia do direito. O fundamento do Direito, na condição de realização do justo, foi estabelecido nos mesmos moldes: como *fysis* cósmica, racionalidade divina (lei eterna), em última *ratio*, como razão natural antropocêntrica ou como *norma pensada* (Kelsen).¹ A multiplicidade, em seu caminho de retorno, é deduzida da unidade. O uno se instala ou assume a condição de fundamento e origem da totalidade. Para além desse horizonte existe o não-ser, a barbárie, o não-sentido. O plural, o múltiplo, o diverso não se legitimam a partir de sua própria condição.

A observação crítica de Enrique Dussel insiste em apontar a presença constante dessa mesma lógica, na história da filosofia ocidental. Isso leva à afirmação que caracteriza a filosofia geopolítica e ideologicamente:

A ontologia, o pensamento que exprime o ser - do sistema vigente e central -, é a ideologia das ideologias, é o fundamento das ideologias de império, do centro. A filosofia clássica de todos os tempos é o acabamento e a realização teórica da opressão prática das periferias. Por isso a filosofia, como o centro da hegemonia ideológica das classes dominantes, quando é filosofia da dominação, desempenha um papel essencial na história europeia. Pelo contrário, dificilmente se poderia encontrar em toda essa história o pensamento crítico que seja, de alguma forma, filosofia da libertação, enquanto se articula à formação ideológica das classes dominadas. (DUSSEL, 1977, pp. 11-12)

1 Norberto Bobbio (1989, p. 59) usa a expressão *reductio ad unum* ao falar do ordenamento jurídico e a necessidade de uma *norma única* no ápice do sistema.

Nessa ordem de ideias a reflexão filosófica leva a uma valorização central da *categoria da totalidade*, e consequentemente, à desvalorização da multiplicidade, e à *negação da exterioridade* (tudo aquilo que se encontra para além do horizonte da totalidade). Ocorre uma desvalorização ontológica, cognitiva, axiológica, ética, estética, epistemologia, hermenêutica, jurídica, cultural, social, e filosófica, enfim, de modos alternativos, múltiplos, plurais de ser, pensar, comunicar e viver. A partir dessa premissa, dosseil afirma a necessidade de “destruição” do pensamento europeu, apontando sua lógica e seus limites, com a finalidade de proporcionar lugar ao novo, ao outro, ao diferente, ao distinto. Assim, é importante questionar o “pensar de centro”.

Para exemplificar sigo alguns passos dessa lógica na razão comunicativa. As formulações filosóficas de Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas, ao que se vê, conseguem a superação da subjetividade solipsista moderna.

Qual o objetivo de Karl-Otto Apel? Ele busca obter a *fundamentação pragmático-transcendental* e a *fundamentação das normas situacionais* na razão discursiva, por considerar que nela estão antecipadamente *as exigências dos discursos que visam à formação do consensos nos afetados* (APEL, 1992, p. 23). Assim, as normas situacionais seriam sempre revisáveis, enquanto o *princípio procedimental do discurso* seria o único que conserva validade incondicional: aparece como um critério permanente, como idéia regulatória. E não ficaria, com isso, comprometida a autonomia da consciência, pois cada indivíduo pode e deve, em princípio, examinar, julgar, ponderar e até questionar todo e cada resultado fático, fruto de consenso, tendo como critério o consenso ideal.

Karl-Otto Apel insiste nessa condição dupla da existência de um *a priori* não-contingente do discurso argumentativo, e dos consensos situacionais. Assim, a teoria da ética discursiva tem duas partes: oferece uma fundamentação de um princípio formal (universal) de procedimento; e uma fundamentação de consenso que

se vincula às relações situacionais, no sentido de uma ética da responsabilidade histórica.

Os *discursos reais* estão vinculados às situações históricas, mas como tal, pela ênfase no princípio de Universalização, não se limitam aos envolvidos pelo uso da *faculdade judicativa do homem comum* (APEL, 1992, p. 30-31). A resolução normativa deve contar com a ajuda do “saber dos experts”, isto é, há a necessidade de uma colaboração estreita entre a filosofia e as ciências empíricas.

Diante da questão posta, ainda que de modo sumário, como avaliar a proposta filosófica da razão comunicativa ante aos desafios de um pensar que pretende romper com a lógica da totalidade? Dussel avalia que o solipsismo moderno resta superado por Apel, pela passagem do “eu” ao “nós”. Porém, chama atenção para a possibilidade de o “nós” fechar-se, totalizar-se. E em consequência, numa “comunidade de comunicação real” excluir o argumento do outro, e portanto, reduzir-se a uma argumentação sobre “o Mesmo”. Por isso o essencial para uma filosofia da libertação não é o eu ou o nós, porém o tu, o outro da comunidade real.

Assim, embora necessária, a filosofia que afirma a “comunidade de comunicação”, o “nós” que supera a subjetividade moderna não é suficiente para o pensar latino-americano, pois não toma a *categoria da exterioridade* como ponto de partida. A exterioridade é a condição de possibilidade da argumentação como tal. Na argumentação séria é preciso supor que o outro tem uma nova razão, uma razão diferente ou distinta, e que pode colocar em questão o consenso já alcançado (DUSSEL, 1992, p. 76).

É nesse passo que se distinguem as duas éticas —a *ética do discurso* e a *ética da alteridade*. O ponto de partida, ainda que apenas anunciado, é o *outro silenciado e excluído e que está além da comunidade de comunicação*. Haverá *não participantes*, afetados como efeito do argumentar, fato reconhecido por Apel. Trata-se do outro que *a posteriori* sofre os efeitos de um consenso do qual não foi parte. Mas há situações que interessam à crítica contra-hegemônica: é o caso de

um *a priori* à própria argumentação. Interessa *o outro como condição a priori de possibilidade de toda a argumentação, e portanto, de todo novo argumento*. Trata-se do *excluído*, antes de ser *afetado*. Isso implica levar em conta as condições materiais de *possibilidade ou impossibilidade de participar*—deve-se levar em conta o *poder* efetivamente *participar*—. Nesse caso, é a não-comunicação —a incomunicabilidade (o não-ser) o ponto de partida. Na periferia do mundo, e temos em conta de maneira especial, a periferia latino-americano, esse não é um tema apenas teórico, mas uma experiência fática que dura mais de meio milênio, marcado especificamente pelo processo de colonização.

Nisso consiste, portanto, a consequência prática dessa exclusão da *exterioridade*. A exterioridade aparece como a contra imagem da *totalidade*. E penso que essa categoria da exterioridade é fundamental para a legitimidade do pluralismo na perspectiva da alteridade, mais especialmente para a ética da alteridade, na condição também de um dos sustentáculos de um *pluralismo jurídico crítico*.

Muitos conceitos categoriais são úteis e necessários para “ir descobrindo” e “construindo” essa categoria de categorias, como a questão do método, a questão do fundamento, a questão do sujeito insurgente, comunidade das vítimas, a práxis.

2.2. *A exterioridade: a vida humana na condição de critério fonte*

No ponto de partida aqui sugerido, o *sujeito vivente* constitui o critério fonte, condição de possibilidade de todo o mais. Esse critério —a vida humana— serve como referência de todo ato, norma, estrutura, sistema, subsistema, instituição etc. Assim, a premissa é que a vida humana em comunidade é *o modo de realidade* do sujeito. Em resumo, a vida humana concebida não como valor. Ela não é um horizonte ontológico, não é trabalho apenas, não é mera sobrevivência, não se esgota na cultura, não é condição de ser, não se esgota na consciência, não é condição de possibilidade da argumentação, não é só um direito, e não é condição de possibilidade,

mas *modo de realidade*. Nesse sentido é precisamente *fonte* e *conteúdo* de onde emana, inclusive, a racionalidade como momento do ser vivente humano.

Assim, a vida humana orienta as ações em geral, razão pela qual nenhum sistema ou subsistema (inclusive o subsistema direito) pode deixar de ter como referência o conteúdo o *sujeito vivente*. No plano mais concreto, o importante é a *produção*, *reprodução* e *desenvolvimento* da vida do sujeito. Condições essas que, se não forem levadas em conta, acarretam negações a aspectos da vida e no limite fatalmente levam à morte (negação do critério *fonte* e da *condição de possibilidade*). Trata-se da originária e genuína *vulnerabilidade* da vida do sujeito.

O *momento da produção* da vida humana se desdobra nos mais diversos níveis da vida: desde os níveis vegetativo ou físico até as funções superiores da mente, está na sua consciência, autoconsciência, linguagem, valores, liberdade e assim por diante.

O *momento da reprodução* da vida humana, —ainda que se possa fazer menção ao instante da autopoiese subjetiva abstratamente considerada—, é o momento das instituições e dos valores culturais, na condição de mediações necessárias e adequadas para a continuidade da vida do sujeito que reproduz a si mesmo no fato de viver.

E por fim, importa o *momento do desenvolvimento* da vida humana no quadro das macro e microestruturas da sociedade. O desenvolvimento histórico deixou lugar para a construção do humano para além de um mero crescimento natural. Assim, o sistema que em sua reprodução impede o desenvolvimento humano deverá ter na razão crítica a exigência de sua transformação.

Nesse contexto argumentativo, a vida humana —*critério-fonte*— não aparece propriamente como um direito. Como no caso de ter “direito à vida”, por exemplo. Trata-se de um nível mais abstrato. Nesse sentido, a *vida* não é um direito, mas *fonte* de todos os direitos.

2.3. *A manifestação do sujeito vivente – ou a insurgência das alternativas*

A afirmação acerca da existência maciça de vítimas em nosso mundo, a produção e preservação de *sujeições* históricas e culturais, no âmbito de uma lógica de redução da multiplicidade à unidade, da pluralidade à unidade, impõe uma exigência crítica e ética desde um horizonte que ultrapasse analeticamente a totalidade dialética do debate entre modernidade e pós-modernidade. Pois, a exigência mencionada requer a conservação da vida onde ela está afirmada, e requer a afirmação da vida onde ela está negada, seja na ordem da produção, reprodução e desenvolvimento.

É no contexto desse *giro transmoderno* do pensamento que a categoria da *exterioridade*, na condição de *categoria de categorias*, tem importância fundamental, porque permite pensar as novas questões, ou pensar de maneira diferente questões já pensadas, agora para além do horizonte da hegemonia das teorias *moderno ocidentais eurocêntricas*. O passo seguinte se encaminha para o *sujeito*, ao grito do sujeito concreto, como modo de sua realidade, considerados os mundos impossíveis e os mundos possíveis. A insurgência das alternativas exige pensamentos alternativos, para além da totalidade hegemônica das teorias do Norte. O monismo da filosofia necessita de filosofias alternativas para as alternativas. *A exigência do pluralismo se justifica pela necessidade de pensamento alternativo para as possíveis e reais alternativas*. E a categoria da *exterioridade* pode orientar o sentido do pluralismo de pensamentos e de práticas.

Assim, a emancipação ou libertação encontram sua legitimidade crítica desde as negações de cada sujeito e de cada comunidade. Especialmente, de cada comunidade popular. E nesse plano, trata-se das negações sofridas pelo *povo*. Gramsci concebe a categoria “povo” como sendo o *bloco social dos oprimidos* numa *nação explorada*. Nas palavras de Dussel, o povo seria o bloco social dos oprimidos, de uma nação, por sua vez, também oprimida (DUSSEL, 1985, p. 18). O conceito de “bloco social” é adequada porque in-

clui a “classe”, e também os grupos que não são classe (etnias, tribos, minorias etc.) e as formas de dominação, cujo *lugar* pode tanto ser a *exterioridade* do sistema (sempre que há exclusão), quanto na *totalidade* do sistema (por haver subsunção). Nesse sentido o bloco social constitui-se no sujeito histórico, a partir da *consciência popular* (e não só consciência de classe), decisivo no projeto da transformação, orientado pela negação das negações. Nessa linha de reflexão, o sujeito histórico insurgente é constituído pelas classes dominadas (classe operária-industrial, camponesa etc.), mas além disso, por toas as subjetividades que sofrem negações, ainda que não sejam classe capitalista, ou que exercem práticas de classe esporadicamente (marginais, etnias, tribos e demais grupos que apresentam negações de vida). É o bloco social e histórico dos oprimidos. É na ótica do pluralismo jurídico, a comunidade das vítimas, legitimidade fundante dos novos sujeitos coletivos, no projeto comunitário-participativo, de produção de novos direitos.

Ao tratar de tema semelhante em outro oportunidade, escrevi (2010, p. 117) sobre o assuntos o que segue transcrito: “nos países periféricos e semiperiféricos do sistema mundo, a categoria “povo” está intimamente ligada ao *pobre* ou às *vítimas*, à comunidade das vítimas. Povo, pobre, vítimas constituem o oprimido *como oprimido*, fato que resulta da subsunção ao sistema de dominação. No entanto, a dominação não elimina inteiramente a *exterioridade*. Ante a persistência da racionalidade negada – momento analético da dialética –, o oprimido, enquanto outro, desdobra-se, em “oprimido como oprimido” (intratotalizado) e em “oprimido como exterioridade”. Tendo em vista essa distinção, abre-se o *espaço analético*. A exterioridade consiste na reserva real atual que cada sujeito como modo de realidade em sua vida em comunidade mantém através de um existir com alteridade, num sistema caracterizado pela dominação eticamente perversa, no saber epistemicida, na injustiça política, e assim por diante. A alteridade que se mantém viva, que é efetiva nas organizações e movimentos populares, na manifes-

tação da cultura alternativa de resistência, é manifestação real da condição do oprimido como exterioridade. Portanto, além da *totalidade* do sistema, encontra-se a experiência da exterioridade das subjetividades afirmadas e negadas (oprimido como exterioridade e oprimido como oprimido), seja na ordem individual ou coletiva. As vítimas, os oprimidos, os pobres, a nação periférica (bem como todo afetado pela dominação nos mais diversos aspectos) têm *realidade* (“o não-ser é real”), “mais além” do horizonte da totalidade totalizada de cada sistema. O oprimido contém em sua vida (que é não-ser para a ontologia da totalidade), isto é, na sua subjetividade, na sua cultura, na sua experiência, na sua compreensão, na sua práxis, no seu existir, exterioridade analética, que lhe permite descobrir-se como oprimido no sistema, mas também como diferente e distinto do sistema. Como o outro do sistema. Não fosse a exterioridade como *afirmação* analética (afirmação de sua dignidade, de sua liberdade, de sua cultura, de seus direitos, de seu trabalho - trabalho vivo, primeiro, e fonte de todo valor) estaria submerso, sem possibilidade de descobrir e produzir as alternativas que a realidade permite, sob o ponto de vista de como poderia ser, ou até deveria ser. Enfim, sem a exterioridade não teria a possibilidade de desejar e projetar a *utopia*. Ficaria sem a possibilidade de sonhar e produzir outro mundo factível. A exterioridade é, assim, a afirmação positiva e fonte axiológica da exigência de justiça. A negação da opressão inicia-se e é possível pela afirmação da exterioridade do outro (aqui as vítimas, nunca inteiramente subsumidas nos diferentes aspectos da dominação). O caminho concreto de busca dessa alteridade pode dar-se pela práxis alternativa, desde a categoria filosófica da *exterioridade*, na condição de fonte inultrapassável da legítima necessidade e possibilidade de emancipação e de libertação.

3. A Filosofia da Libertação descolonial

A filosofia da libertação de cunho dusseliano, procura mostrar a *contra imagem* da lógica da totalidade a partir do sentido de uma *ética da alteridade* a partir do outro, a partir da exterioridade. Enfim, mostra como ocorre o processo de subsunção da *exterioridade* (que é sempre também espacial, cultural e jurídica) à *totalidade*, e qual o sentido da exterioridade para o pensar que se situa fora (“mais além”) da lógica da totalidade.

O ponto de partida desse pensamento contra-hegemônico está no critério-fonte já mencionado: o princípio da produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito como modo de realidade. Esse princípio é estabelecido na ordem da *afirmação* da vida, ponto de entrada da fundamentação. No entanto, por outro lado, está a *impossibilidade* de produção, reprodução e desenvolvimento da vida como modo de realidade. Trata-se agora, da esfera da *negação* da vida; ordem da impossibilidade do viver. Daí a necessidade ética da crítica e de um *pensamento* que dê conta da injustiça dessa impossibilidade. Uma *filosofia ético-crítica* que mostra a legitimidade da necessária transformação da vida negada, a partir da exigência ética da comunidade das vítimas. Uma *ética da alteridade*, desde a negatividade. A dinâmica agora é outra: desde o não viver ou não poder viver ao dever ou poder viver. Uma ética da alteridade que serve de referência e que permita vislumbrar a possibilidade de justificar ações, sistemas, subsistemas que permitam viver e viver melhor.

Portanto, a factibilidade disso implica em poder romper com obstáculos que residem no próprio pensamento filosófico que chamamos de *lógica da totalidade*, para assim abrir espaço ao *giro epistemológico filosófico descolonial*.²

Os limites a superar, dados os desafios atuais no contexto de um mundo globalizado, mas ao mesmo tempo marcado pela im-

2 Dussel apresenta algumas das limitações que devem ser superadas para a elaboração de um Política da Libertação (2007, pp. 11-13).

possibilidade de viver de muitos, seriam os do *helenocentrismo*, do *ocidentalismo*, do *eurocentrismo*, e por fim, o quarto limite a superar é o do *colonialismo filosófico* —o colonialismo teórico ou mental— o que exige, exatamente, o giro epistemológico descolonial, superação que é uma das condições para a superação do monismo tanto filosófico como quanto jurídico. Exige uma *libertação da filosofia* e uma *filosofia de libertação descolonial*.

4. Conclusão: a Filosofia jurídica de libertação descolonial

No contexto da filosofia da libertação, em especial na vertente duseliana, e tendo presentes algumas das categorias e premissas até agora lançadas, e tendo em vista algumas das breves justificações expostas, entendo que o campo jurídico necessariamente deve estar atravessado pela *racionalidade crítica*, porém, *racionalidade crítica libertadora descolonial*, tendo sempre em conta o contexto das reais *negatividades* existentes. E dada a complexidade muito própria dessa situação nos atuais tempos de globalização e exclusão, o desafio deve ser assumido com atenção, (1º.) no nível dos *princípios universais e abstratos*; (2º.) no nível particular das *mediações sistêmicas*; e (3º.) no nível da *ação concreta*, para sugerir um esboço desse encaminhamento, na condição de uma filosofia jurídica de libertação descolonial, tendo em conta a especificidade da dinâmica da *transformação do direito frente aos novos direitos e frente às fontes plurais de juridicidade*, produzidas pela intensa práxis dos mais diversos agentes.

A impossibilidade de viver em algum nível —viver dignamente—, que se revela negativamente em algum aspecto *material* da vida, ou em muitos aspectos, mostra igualmente uma *negatividade formal*, porque produzida pelo direito ou porque não prevista pelo sistema do direito vigente. A *crítica jurídica de libertação descolonial* torna-se necessária, a partir do momento negativo que descobre a *injustiça* (na positividade do sistema), agora, portanto, desde a *negatividade formal* (algum aspecto *material* da vida é negado formalmente). Assim, o

conceito de justiça e sua exigência surgem desde o conceito de *injustiça* (Hinkelammert). A *injustiça* está ou pode estar nos mais diversos aspectos de *negação* da vida concreta dos sujeitos. Na contra imagem, a exigência de justiça surge, portanto, da *negatividade*. Negar a diversidade cultural, por exemplo, implica em perpetrar uma injustiça. A negatividade referida provem de diversos lugares, sendo que a negatividade jurídica, é certamente, uma dessas importantes determinações. Negação que está, portanto, na esfera dos direitos –dos direitos *negados*–, negação no *campo* jurídico. Dois são os aspectos a serem ressaltados. De uma parte, essa negatividade é efeito da perversidade da lógica global do sistema mundo nesse momento histórico, por outra, no entanto, é efeito específico da lógica de cada subsistema: efeitos negativos do subsistema jurídico.

No campo ético e jurídico a *transformação crítica* do sistema requer um conceito de justiça –desde a injustiça da negatividade–, o que é possível historicamente nos momentos em que a necessidade de afirmação da vida é produzida conduzida pela comunidade das vítimas. A práxis efetiva das vítimas é decisiva para a transformação. E se muitas são as mediações necessárias, uma das mediações específicas é a do direito, que neste caso, tem o sentido de possibilitar o exercício efetivo de incorporação de *novos direitos*.

Para isso, a práxis comunitária é decisiva para a concretização de uma cultura do pluralismo, em especial do pluralismo jurídico emancipatório e de libertação. Não se pode deixar de levar em conta o paradigma societal que está em jogo. No mundo do *capitalismo globalizado* a *lógica* mais geral desse sistema (e sua *irracionalidade*) não pode ser esquecida –em especial toda perversidade que resulta da *mais-valia* do processo de produção–, e também o amplo contexto da luta de classe não pode ser negligenciado. No entanto, também é importante a participação da sociedade civil nesse projeto comunitário-participativo de emancipação e libertação. Assim, os novos agentes e sujeitos históricos que mostram uma nova forma de fazer política, que descobrem novos espaços, e um novo modo

de atuar nos espaços, sejam tradicionais ou não, tendo como finalidade a defesa de direitos humanos já reconhecidos como tais, ou que atuam na produção de novos direitos humanos, até a defesa do trabalho e de direitos do trabalho, de proteção à natureza, de necessidades muito específicas, de interesses locais, e também globais. Enfim, são pautas das comunidades que se auto-organizam também em ONGs, voluntariados, terceiro setor, economia solidária, em redes, cooperativas, clubes de troca, grupos de reflexão, novas escolas de formação, grupos de cidadania e pressão, diversos movimentos sociais (os movimentos indígenas, os quilombolas, os novos movimentos sexistas, os movimentos negros, grupos ecológicos, os “sem-terra”, os “sem-casa”, os “sem-direitos” e outros), produzindo redes de solidariedade nacionais, regionais e internacionais, como em geral a fenomenologia do assunto permite identificar.

Nessa fenomenologia pode-se notar que a atuação anti-hegemônica plural –são frentes as mais diversas– terá que ser vista e compreendida como ação superadora da globalização atual hegemônica, que produz novas e contínuas formas de dominação, de opressão e de exclusão. A renovação e persistência dessa situação desafia a capacidade criadora, inovadora da comunidade das vítimas, em especial a dos pobres e excluídos, mas desde a condição de *sujeitos vivos comunitários*, condição na qual a *falta*, a *privação*, enfim a *negação* de vida necessita e exige transformações. Portanto, essa mudança de compreensão na ordem da filosofia que faz a reflexão desde a comunidade das vítimas em suas frentes de libertação, hoje se atualiza como desafio para a *busca de expectativas de uma vida possível e melhor*, mas a partir da condição de *sujeito vivo*, que quer, pode e deve viver, na condição de outro do sistema, tendo na categoria da *exterioridade*, o critério fonte de justiça, e motivo objetivo para legitimamente enfrentar a lógica e a práxis perversas que produzem as comunidade de vítimas, ainda que não intencionais.

A percepção dessa situação para além da aparência do existente, e portanto, num ir avançando ao nível estrutural mais profundo (da *totalidade* até encontrar a *exterioridade*) é não só um desafio, mas uma exigência para todos nós.

Obrigado.

Bibliografia

- APEL, K.O e outros. *Fundamentación de la ética y filosofía de la liberación*. México: Siglo Veintiuno, 1992.
- BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1989.
- DUSSEL, E. D. *Filosofia da libertação na América Latina*. São Paulo: Loyola, 1977.
- DUSSEL, E. D. *La producción teórica de Marx: un comentario a los Grundrisse*. Bogotá: Siglo Veintiuno, 1985.
- DUSSEL, E. D. *Reflexión práctica de la filosofía de la Liberación*. Texto inédito, 1985b.
- DUSSEL, E. D. e outros. *Fundamentación de la ética y filosofía de la liberación*. México: Siglo Veintiuno, 1992.
- DUSSEL, E. D. *Política de la liberación*. Madrid: Trotta, 2007.
- HABERMAS, J. *Pensamento Pós-metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.
- LUDWIG, C. L. Filosofia e Pluralismo: uma justificação filosófica transmoderna ou descolonial. WOLKMER e outros (orgs.). *Pluralismo Jurídico: novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 99-124.

Un nuevo paradigma del derecho: Pluralismo jurídico y Filosofía de la Liberación

Alejandro Rosillo Martínez

1. Introducción

En otros lugares hemos insistido en que el sujeto de derechos humanos es un sujeto vivo, práxico e intersubjetivo (ROSILLO, 2012; 2013), e igualmente hemos afirmado que la praxis de liberación, aunque es una praxis dentro de la totalidad de la realidad histórica, está compuesta por una pluralidad de praxis concretas (ROSILLO, 2008). De ahí que pretender establecer una única praxis de liberación válida –e igualmente un único sujeto concreto– sería incorrecto, y caeríamos en la misma razón indolente –generadora de una visión simplificadora de derechos humanos– de la Modernidad hegemónica que hemos criticado (ROSILLO, 2013, pp. 49-76). En este contexto, a través de las siguientes páginas desarrollaremos una sucinta reflexión sobre una praxis concreta que, en América Latina, ha asumido a la Filosofía de la Liberación (FL) como su momento intelectual: el pluralismo jurídico.

El tema del “pluralismo jurídico” es amplio y se puede analizar desde perspectivas históricas, jurídicas, sociológicas, antropológicas, etc., y ha sido abordado tanto desde la perspectiva de los países centrales como de la de los periféricos. Nuestro interés, como señalamos, es intentar ubicarlo como una praxis que se ha desarrollado en América Latina¹, y que desde cierta perspectiva la FL

¹ El tema del pluralismo jurídico en América Latina ha cobrado una gran importancia, tanto por la legalidad alternativa desarrollada en sectores populares, como por las luchas de los pueblos indígenas. La bibliografía es variada y abundante, y se aborda el pluralismo jurídico desde diversas perspectivas: jurídica, antropológica, sociológica, filosófica e histórica.

le significa un momento filosófico y crítico para que pueda realmente responder a la liberación de los pueblos. Para esto, seguiremos principalmente el pensamiento de Antonio Carlos Wolkmer, complementándolo con la obra de otros autores que han visto en el pluralismo jurídico una dimensión de la praxis de liberación latinoamericana.

2. Crisis del paradigma moderno

El carácter liberador del pluralismo jurídico parte del hecho de diagnosticar y responder a una crisis en el paradigma moderno de derecho. Una crisis de paradigmas se identifica a partir del momento en que el paradigma dominante ya no logra explicar los fenómenos que debería esclarecer. En cuanto a lo jurídico, la crisis del paradigma moderno se ha dado cuando sus categorías no son suficientes para explicar la dinámica social relacionada con la juridicidad, y en la práctica muestra ineficacia para cumplir con los cometidos que se propone. En otras palabras, y desde la FL, para América Latina la crisis del derecho moderno se da porque como sistema ha generado diversas comunidades de víctimas que muestran su ineficacia y desmienten sus promesas de igualdad, libertad y fraternidad. En efecto, para Carlos Antonio Wolkmer es necesario analizar el grado de eficacia o ineficacia del actual modelo normativo de control y reglamentación social en América Latina. De este análisis, constata que hay una profunda crisis en el paradigma moderno de derecho y de estado.

Dicho paradigma tiene como una de sus notas históricas fundamentales, para nuestro autor, el hecho de que entre los siglos XVII y XVIII europeos, el liberalismo surgió como una nueva visión del mundo contenida de valores, creencias e intereses de la clase burguesa en su lucha histórica contra el dominio del feudalismo aristocrático. Y aunque en un inicio este liberalismo cobró un matiz revolucionario, sin embargo, más tarde, “cuando el capi-

talismo comienza a pasar a la fase industrial, la burguesía (la elite burguesa), asumiendo el poder político y consolidando su control económico, comienza a ‘aplicar en la práctica sólo los aspectos de la teoría liberal’ que más le interesan, negando la distribución social de la riqueza y excluyendo al pueblo del acceso del gobierno” (WOLKMER, 2006, p. 50). En esta lógica, el liberalismo es, para nuestro autor, ambiguo en casi todos sus aspectos, pues por un lado predica la libertad, pero por otro limita la acción de quienes no tienen potencial económico. En efecto, si es revolucionario ante el antiguo régimen, es bastante conservador en relación con las reivindicaciones populares.

Dichos principios de la sociedad moderna europea dentro del contexto capitalista, tienen a su vez una estructura político-institucional que reproduce y asegura los intereses específicos de esa nueva clase social dominante, la burguesa. Esta estructura es la moderna organización estatal de poder, revestida por el monopolio de la fuerza y la violencia, de la centralización, de la secularización y de la burocracia administrativa. Así, el paradigma moderno de ordenamiento de la sociedad tiene los siguientes rasgos esenciales: “[E]l ‘núcleo económico’ (libre iniciativa empresarial, propiedad privada, economía de mercado); el ‘núcleo político-jurídico’ (Estado de Derecho, soberanía popular, supremacía constitucional, separación de poderes, representación política, derechos civiles y políticos); el ‘núcleo ético-filosófico’ (libertad personal, tolerancia, libertad de creencias y optimismo en la vida, individualismo)” (WOLKMER, 2006, p. 50).

Este paradigma moderno es monista, es decir, que sólo reconoce la existencia de un solo sistema jurídico en un territorio y en un tiempo determinado. El estado es quien tiene el monopolio de la producción jurídica y el ejercicio de la violencia legítima. Esta característica es expresión de la “simetría liberal moderna”, es decir, que todo el estado es de derecho y todo el derecho es del estado, lo que según Boaventura de Sousa Santos es una de las gran-

des innovaciones de la modernidad occidental pero también una cuestión muy problemática “no solamente porque desconoce toda la diversidad de derecho no estatales existentes en las sociedades, sino también porque afirma la autonomía del derecho con relación a lo político en el mismo proceso en que hace depender su validez del Estado” (SANTOS, p. 106).

La construcción histórica del paradigma moderno, según Wolkmer, comprende etapas o fases, plasmadas en cuatro grandes ciclos, que corresponden a la formación, la sistematización, el apogeo y la crisis del paradigma (WOLKMER, 2006, pp. 58-73). El primer ciclo, el de la formación, irrumpe a lo largo de una confluencia histórica asociada al estado absolutista, al capitalismo mercantil, al fortalecimiento del poder aristocrático y al declive de la Iglesia y del pluralismo corporativista medieval; aquí destacan las teorías del soberano como creador de la ley, cuyo ejemplo más claro es el pensamiento de Thomas Hobbes. El segundo ciclo del monismo jurídico comprende desde la Revolución Francesa hasta el final de las principales legislaciones del siglo XIX; es la etapa de la sistematización, y se trata de un momento fundamental para la estructuración de la legalidad estatal burgués-capitalista en Occidente: “Con el objetivo de legitimar el funcionamiento de los nuevos mercados, la realidad emergente proclama que es la nación soberana y ya no más el príncipe el verdadero sujeto de Derecho” (WOLKMER, 2006, p. 60). El derecho racional de la Revolución Francesa es el derecho del hombre egoísta, que olvida a los seres humanos concretos y se dedica a proclamar un sujeto abstracto con principios que sólo la burguesía tiene. Pensadores como John Austin y Rodolfo Von Jhering dieron sustento teórico a este ciclo y a la idea del derecho como mandado del estado.

El tercer ciclo del monismo se identifica con una legalidad dogmática con pretensiones científicas rígidas, alcanzando su apogeo entre los años veinte y treinta y los años cincuenta y sesenta del siglo XX. Logra su cumbre con el formalismo dogmático de la Es-

cuela de Viena, representada por la “Teoría Pura del Derecho” de Hans Kelsen. En él, la identificación del estado y del derecho permite considerar a aquél esencialmente como el orden jurídico políticamente centralizado. La propuesta científico-positivista del estado descarta el dualismo estado-derecho, fundiéndolos de tal forma que el derecho es el estado y el estado es el derecho positivo (KELSEN, 1997, pp. 319-321).

Al iniciar el siglo XXI, el modelo clásico occidental de legalidad positiva, engendrado por fuentes estatales y encajonado en valores del individualismo liberal, vive un profundo agotamiento que afecta a sus propios fundamentos, a su objetivo y a sus fuentes de producción. El colapso de esta legalidad lógica formal, que ha servido para reglamentar y legitimar, como hemos insistido, desde el siglo XVIII los intereses de una tradición jurídica burgués capitalista, propicia el espacio para la discusión acerca de las condiciones de ruptura, así como de las posibilidades de un proyecto emancipador basado no en un idealismo formalistas ni en una rigidez técnica legalista, sino en supuestos que parten de las condiciones históricas actuales y de las prácticas reales. Esto es lo que marca el cuarto ciclo, que Wolkmer identifica con la crisis del paradigma.

Por otro lado, estando muy cercano al análisis de Wolkmer, José Carlos Moreira da Silva Filho (2007, pp. 51-53) considera que el paradigma dominante jurídico es el dogmático, el que tuvo una compleja génesis. Considera que se compone a partir de la convergencia de procesos básicos que se encuentran en la base de la Modernidad hegemónica, a través de una matriz epistemológica y una matriz política. En primero lugar, si bien la dogmática jurídica llega a una expresión acabada en el siglo XIX, subsume tres herencias básicas:

- a) La jurisprudencial, que proviene del Derecho Romano, referida a la técnica de la *prudentia*, que busca pensar los problemas como conflictos que deben ser resueltos por una autoridad.

- b) La exegética, que se origina de la tradición de los glosadores de la Edad Media europea, donde esta tarea era hecha sobre los textos jurídicos romanos, revistiéndoseles de un carácter dogmático, sagrado y trascendente.
- c) La sistemática, generada por el iusnaturalismo racionalista moderno, que rompe con los procedimientos de glosadores y con el saber prudencial, y pasa a centrarse en el uso de la razón cuyos principios tenían que ser investigados para su aplicación.

En el siglo XIX, la dogmática jurídica se constituye como el paradigma jurídico; en general, significa la sistematización del derecho a través de un proceso de conceptualización e integración de las normas jurídicas. Con el avance de la construcción jurídica se desplaza el problema del contenido del derecho a la discusión sobre las formas en que se realiza, influido por el conocimiento científico moderno: “El principio de cientificismo, que vino, posteriormente, a informar el núcleo de la idea positivista, entendía ser la Ciencia la única forma de conocimiento aceptable. Esta, por su parte, partía de una perspectiva eminentemente empirista. El mundo no es un conjunto de leyes y principios, sino un conjunto de hechos, tras los cuales se esconden causas o leyes que cabe a la Ciencia descubrir, lo que hará mediante el método de verificación empírica, compuesto de observación, recolección y experimentación. Un conocimiento será científico cuando se articule de modo sistemático y coherente, y resista a la verificación empírica de las hipótesis en que se apoya” (MOREIRA, 2007, p. 54). Este cientificismo tiene su mayor expresión en el positivismo jurídico, que es el momento donde el paradigma dogmático alcanza su maduración.

Por otro lado, la matriz política de este paradigma es el liberalismo que, como hemos dicho, otorga especial énfasis al individualismo como fundamento del orden político-jurídico. Las relaciones sociales son vistas en su aspecto consensual como fruto de un contrato social realizado entre individuos libres e iguales. El

conflicto se considera, entonces, como una anomalía que amenaza la armonía social prevista en el contrato, percibiéndose sólo en su dimensión individual, desvinculándose de las relaciones de clase o de grupos sociales. Esto lleva a que, según Moreira, el positivismo y el liberalismo tengan algo en común, que los hace matrices del discurso jurídico dominante (MOREIRA, 2007, pp. 58-59). Entonces, por supuesto, se concentra la generación del derecho por un solo ente, el estado, quien tiene a su cargo la administración de los conflictos. De ahí que el liberalismo y el positivismo como matrices del paradigma jurídico dominante estén estrechamente ligados al monismo jurídico.

Ahora bien, los modelos culturales y normativos que justificaron los espacios vitales, la organización social y los criterios científicos de la Modernidad, se han vuelto insatisfactorios y limitados, abriendo un espacio para repensar nuevas normas de referencia y legitimidad. En su obra *Pluralismo jurídico*, Wolkmer realiza un análisis de la crisis contemporánea del modelo moderno en el caso del capitalismo periférico brasileño. Señala la existencia de “la hegemonía de las oligarquías agroexportadoras vinculadas a los intereses externos y adeptas al individualismo liberal, al elitismo colonizador y a la legalidad lógico-formal” (WOLKMER, 2006, p. 87). Las características de la normatividad moderna (abstracción, igualdad formal, etc.) han servido a las burguesías para imponer sus intereses y satisfacer sus derechos. Lo contrario sucede con otros grupos sociales y la implementación de “nuevos” derechos no contemplados por la legislación y los códigos positivos o que aunque reconocidos no tienen efectividad práctica, y la mayoría de las veces sólo son logrados o asegurados a través de un proceso de luchas comunitarias y de conflictos colectivos. De ahí que nuestro autor afirme que “se genera un proceso natural en el que la conciencia de las carencias y las necesidades acaban concretando reivindicaciones por derechos” (WOLKMER, 2006, p. 93). La ineficiencia del modelo jurídico dominante, en Brasil y en lo general en

los países latinoamericanos, para resolver los conflictos colectivos se da en dos niveles de actuación: a) En el ámbito del poder judicial como órgano interpretativo oficial, y b) en el contexto de la propia legislación positiva estatal.

Por su parte, Jesús Antonio de la Torre Rangel (2006, p. 87) también realiza una crítica a la función del paradigma del derecho moderno en América Latina, y a su carácter monista. Este paradigma penetró en el subcontinente en el siglo XIX dentro de una sociedad fundamentalmente agraria, cuyo desarrollo urbano e industrial era casi nulo. De ahí que este paradigma repercutirá directamente sobre la tenencia de la tierra. Las leyes que regularon la propiedad asumieron las características de igualdad, generalidad y abstracción del derecho moderno, lo que trabajo “la privatización de la propiedad agraria y el consecuente despojo tanto de las comunidades de indios como de los pequeños propietarios pobres. Constituyeron la expresión de la aplicación más cruda del derecho moderno y sus postulados” (DE LA TORRE, 2006, p. 90). En el caso de México, según Gutelman (1975, p. 32), la introducción de la propiedad privada y del proceso de expropiación desequilibró totalmente el sistema de producción de la economía aldeana. Un gran número de superficies fueron declaradas “baldías”, pero en realidad pertenecían a comunidades indígenas. Pero los pueblos indios no podían prevalecer sus derechos pues no tenían título jurídico de propiedad, y si éste existía no correspondía con las normas legales. El derecho de los pueblos indígenas no era tal, pues no pertenecía al nuevo estado-nación. Cuestión parecida sucedía con los campesinos pobres que sin título jurídico no podían defenderse, y eran despojados de sus tierras; sólo las grandes haciendas podían hacerse respetar por las compañías deslindadoras.

Uno de los ámbitos donde en América Latina se ha mostrado con mayor claridad la crisis del paradigma moderno de derecho es en su relación con los pueblos indígenas. La emergencia de las jurisdicciones indígenas, sus normatividades y sus sistemas de car-

gos, que se encontraban invisibilizadas y hasta eran (son) combatidas por el estado moderno, es parte de la lucha que ha emprendido esta subjetividad emergente. Las palabras de Magdalena Gómez (2002, p. 87) reflejan bien esta situación:

No es un secreto que los pueblos indígenas han practicado formas de jurisdicción, es decir, han ‘administrado justicia’ y ésta es una función exclusiva del Estado. Han establecido normas y sanciones, sin tener facultad reconocida y el hecho de que no hayan sido escritas o formalizadas no les exime de su naturaleza jurídica. También han gobernado a sus pueblos a través de sistemas de cargos. Por lo tanto, históricamente han subsistido en la ilegalidad. A juicio del derecho, los pueblos indígenas no tienen atribuciones para tales actos ilegales realizados por particulares a los que les está expresamente prohibido ejercerlas. Justamente ése es el meollo del asunto. Las funciones, cada vez más disminuidas, ejercidas por los pueblos indígenas, son de naturaleza pública, no simples actos privados, de particulares. Por ello su reconocimiento requiere modificaciones de fondo en el orden jurídico.

A partir de las incoherencias entre el sistema jurídico y su aplicabilidad real, Wolkmer afirma que la estructura normativa del moderno derecho positivo formal es poco eficaz y no consigne atender la conflictividad de las actuales sociedades periféricas, como las de América Latina. Estas sociedades pasan por distintas especies de reproducción del capital, llenas de acentuadas contradicciones sociales y de flujos que reflejan crisis de legitimidad y de funcionamiento de la justicia. En otra de sus obras, Wolkmer complementa esta observación con el análisis del sociólogo jurídico José Eduardo Faria (1988, p. 24), señalando que los nuevos paradigmas están directamente vinculados a la

creciente complejidad de los conflictos, a la heterogeneidad socioeconómica, a la concentración y centralización del capital, a la expansión del intervencionismo estatal, a la hipertrofia del Ejecutivo, etc. En la medida en que la sociedad es vista como un sistema necesariamente en constante conflicto, tenso y en permanente transformación, cualquier análisis pasa a ser considerado válido siempre y cuando sea capaz de identificar los factores de cambio responsables de la continua inadecuación de los modelos culturales tradicionales —entre ellos, el derecho—.

De dicha situación surge la necesidad de proponer e introducir en la teoría del derecho de América Latina la discusión sobre la “crisis de los paradigmas” dominantes y la ruptura de los modelos de fundamentación. En este punto, Wolkmer sigue la pauta señalada por Thomas S. Khun (2007, pp. 149-185), al sostener que las crisis son una precondition necesaria para el surgimiento de nuevas teorías. Esta crisis se percibe, en relación con nuestro tema, de manera más aguda en los países periféricos, pues la inadecuación entre derecho y realidad es evidente y se remonta al propio periodo colonial. De ahí que se proponga un nuevo Derecho, que parta de una noción de pluralismo jurídico, capaz de reconocer y dar legitimidad a normas extra e infraestatales. En este contexto, es importante señalar que, como ampliaremos más adelante, el pluralismo jurídico es diverso, y para ser emancipador debe superar las matrices colonialistas y capitalistas del paradigma moderno; de lo contrario, puede constituir un proyecto conservador. Así, por ejemplo, Santos (2009, pp. 67 y ss.) refiere cómo los países colonialistas utilizaron el pluralismo jurídico como estrategia de colonización, y referido a final de cuentas al derecho del estado moderno respondió más a la regulación y opresión de las poblaciones originales que a su liberación.

La construcción de este referencial diferente de reglamentación implica dar prioridad a las aspiraciones más inmediatas de la

sociedad civil, representada en los Nuevos Movimientos Sociales, envolviendo la articulación de un proyecto cultural desmistificador y emancipatorio. A partir de dicha crisis, Wolkmer (2006, p. 81) afirma la propuesta configurada por un tipo específico de pluralidad jurídica abierta, flexible, participativa y democrática, síntesis de todos los intereses cotidianos, individuales y colectivos.

Hasta el momento se ha mostrado el punto de partida del pensamiento del profesor brasileño: en países de capitalismo periférico, como son los latinoamericanos, el paradigma moderno de derecho y estado ha servido para los intereses de las clases burguesas, y no logra resolver los conflictos colectivos ni satisfacer las demandas de nuevos derechos o garantizar los derechos ya reconocidos a las clases populares, los cuales en muchas ocasiones tienen que hacerse valer a través de acciones comunitarias y construyendo movimientos sociales. Ante esta situación, se apuesta por una pluralidad en lo jurídico. Sin embargo, el autor es consciente de los diversos tipos y concepciones de pluralismo. En efecto, a continuación, se abordará la caracterización que se asume de “pluralismo jurídico”.

3. Caracterización del pluralismo jurídico

El pluralismo se ha hecho presente en diversos momentos de la historia occidental, tanto en los mundos medieval, moderno y contemporáneo. Por eso, se da una compleja variedad de interpretaciones en función de la realidad que se analice y del campo de acción al cual se aplica. Si bien pueden ser identificadas numerosas doctrinas en el pluralismo de tipo filosófico, sociológico o político, el pluralismo jurídico no deja de ser importante, ya que comprende muchas tendencias con distintos orígenes y características particulares. No existe una uniformidad de principios sobre el pluralismo jurídico, pues se da una variedad de modelos y autores aglutinados en su defensa desde matices conservadores, liberales, moderados y

radicales, hasta espiritualistas, sindicalistas, corporativistas, institucionalistas, socialistas, etc.

Esta realidad tan diversa remite a Antonio Carlos Wolkmer a realizar un recorrido histórico, en su obra *Pluralismo jurídico*, partiendo del mundo medieval, donde la descentralización territorial y la multiplicidad de centros de poder configuraron, en cada espacio social, un amplio espectro de manifestaciones normativas concurrentes, conjunto de costumbres locales, fueros municipales, estatutos de las corporaciones por oficio, dictámenes reales, Derecho Canónico y Derecho Romano.² Efectivamente, fue con la decadencia del Imperio Romano en Occidente y con la implantación política de los pueblos nórdicos en Europa, que se generó la idea de que a cada individuo le sería aplicado el Derecho de su pueblo o de su comunidad local. A través de la conocida figura de la “personalidad de las leyes”, la representación de los diferentes órdenes sociales correspondería a una natural pluralidad jurídica. En este contexto, nuestro autor detecta cuatro manifestaciones legales: un “derecho señorial” fundado en la función militar; un “derecho canónico” que se basaba en los principios cristianos; un “derecho burgués” apoyado en la actividad económica y por fin, un “derecho real”, con pretensiones de incorporar a las demás prácticas regula-

2 Esta realidad es descrita por Paolo Grossi: “...en la civilización medieval el orden jurídico es, salvadas algunas delicadas zonas conexas al gobierno de la polis, una realidad óptica, es decir, escrita en la naturaleza de las cosas, realidad exquisitamente *radical*, ya que brota pujante en las raíces de la sociedad y por ello se identifica con la costumbre, con los hechos típicos que confieren su rostro peculiar a una civilización histórica; ciertamente, por esto, se presenta siempre bajo el lema de la complejidad; realidad que nace, vive, prospera, se transforma fuera de la influencia del poder político, el cual, gracias a su incompletud, no tiene excesivas pretensiones, respeta el pluralismo jurídico, respeta el consorcio de fuerzas que lo provocan. Dimensión histórica auténticamente medieval esta de la relativa indiferencia del Príncipe hacia el derecho pero que, por inercia que es con frecuencia componente primario de los contextos históricos, llega –aunque discutida, contestada, erosionada– hasta los grandes acontecimientos políticos y jurídicos de finales del siglo XVIII” (GROSSI, 2003, p. 29).

torias en nombre de la centralización política (WOLKMER, 2006, pp. 164-165).

La estatización del derecho se hará efectiva, en Europa, con el surgimiento de una racionalización política centralizadora y la subordinación de la justicia a la voluntad estatal soberana. A través de los siglos XVII y XVIII, el absolutismo monárquico y la burguesía desencadenan el proceso de uniformización burocrática que eliminaría la estructura medieval de las organizaciones corporativas, así como sometería el pluralismo legal y judicial. A pesar de que se pueden encontrar las bases teóricas iniciales de la cultura jurídica monista en la obra de autores como Hobbes y en el desarrollo del estado-nación unificado, fue con la República Francesa pos-revolucionaria que se aceleró la disposición de integrar los diversos sistemas legales en base a la igualdad de todos ante una legislación común. Un examen más atento nos revela, sostiene Wolkmer, que la solidificación del “mito monista”, o sea, el mito de la centralización, se alcanza por las reformas administrativas napoleónicas y por la promulgación de un único y un mismo código civil para regir a toda la sociedad. Grossi (2003, p. 34) narra de manera clara este paso del “viejo pluralismo” al monismo:

El viejo pluralismo va siendo sustituido por un rígido monismo: el ligamen entre derecho y sociedad, entre derecho y hechos económico-sociales emergentes, es cortado, mientras se opera una suerte de canalización obligada. El canal discurre obviamente entre los hechos, pero discurre en medio de dos diques altos e impenetrables: politización (en sentido estricto) y formalización de la dimensión jurídica son el resultado más impresionante y de mayor entidad.

El derecho se reduce así a ley: un sistema de reglas autoritarias, de mandatos pensados y queridos abstractos e inelásticos, incriticable en su contenido, ya que su autoridad procede no de su propia cualidad sino de la cualidad del sujeto legislador. Pronto, en el clima prerrevolucionario y revolucionario, la ley tendrá un refuerzo posterior, el democrático,

gracias a la afirmada (aunque no demostrada) coincidencia entre voluntad legislativa y voluntad general. En pleno secularismo, el resultado paradójico es el perfecto cumplimiento de la mística de la ley (...).

En el laboratorio histórico asumido por nosotros como paradigma, Francia, llegamos ahora al umbral de la codificación general, que comenzará precisamente por la zona tradicionalmente reservada de manera celosa a los particulares, es decir, por las relaciones civiles. El primer Código dispuesto en 1804 por Napoleón I será, en efecto, precisamente el Código civil.

Diversas razones favorecieron la reacción por parte de las doctrinas pluralistas a fines del siglo XIX y mediados del siglo XX: La consolidación de la sociedad burguesa, la expansión del capitalismo industrial, el individualismo filosófico, del liberalismo político-económico y el centralismo jurídico estatal. En las primeras décadas del siglo XX, como alternativa al normativismo estatal positivista, resurge el pluralismo en la preocupación de los iusfilósofos y publicistas (Gierke, Hauriou, Santi Romano y Del Vecchio) y de los sociólogos del derecho (Ehrlich y Gurvitch). No menos importante será la vuelta al pluralismo en los años 50 y 60 por investigadores empíricos en el ámbito de la antropología jurídica (L. Pospisil, S. Falk Moore y J. Griffiths).

En razón de su significado contemporáneo, Wolkmer (2006, pp. 181 y ss.) busca presentar una noción clara de qué es el pluralismo, sus causas determinantes, tipología y objeciones. Para comenzar designa al pluralismo jurídico como la multiplicidad de prácticas existentes en un mismo espacio sociopolítico, interactuantes por conflictos o consensos, pudiendo ser oficiales o no y teniendo su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales. Partiendo de este concepto, se resaltan algunas de las causas determinantes para la aparición del pluralismo jurídico.

Ahora bien, siguiendo a Boaventura de Sousa Santos (1988, pp. 73-74), el surgimiento del pluralismo jurídico surge de dos situaciones diferentes, con sus posibles desdoblamientos históricos: a) “origen colonial”; y b) “origen no colonial”. En el primer caso, es en países que fueron dominados económica y políticamente donde se desarrolla el pluralismo jurídico, siendo obligados los pueblos originarios a aceptar las normas jurídicas de las metrópolis (colonialismo inglés, portugués, español, etc.). Así se impuso con la fuerza la unificación legal y la administración de la colonia, posibilitando la coexistencia, en un mismo espacio, del “Derecho del Estado colonizador y de los Derechos tradicionales”, autóctonos, convivencia ésta que se volvió, en algunos momentos, factor de “conflictos y de acomodaciones precarias”.

Más allá del contexto explicativo colonial, Boaventura de Sousa Santos (1988, pp. 74-75) resalta que se debe considerar en el ámbito del pluralismo jurídico de “origen no colonial”, tres situaciones distintas. En primer lugar, países con culturas y tradiciones normativas propias, que acaban adoptando el derecho europeo como forma de modernización y consolidación del régimen político (Turquía, Etiopía etc.). Por otro lado, se trata de la hipótesis de que determinados países, después de sufrir el impacto de una revolución política, continúan manteniendo por algún tiempo su antiguo Derecho, a pesar de haber sido abolido por el nuevo derecho revolucionario (repúblicas islámicas incorporadas por la antigua URSS). Finalmente, aquella situación en que poblaciones indígenas o nativas no totalmente exterminadas o sometidas a las leyes coercitivas de los invasores, adquieren la autorización de mantener y conservar su derecho tradicional (poblaciones autóctonas de América del Norte y de Oceanía).

Más allá de la caracterización realizada por Santos, Wolkmer hace suya las palabras de Joaquim A. Falcão quien introdujo la afirmación de que la causa directa del pluralismo jurídico debe ser encontrada en *la propia crisis de la legalidad política*. Al contrario de lo

que puedan creer ciertas corrientes del pluralismo, Falcão (1984, pp. 61-85) entiende que, en países del Tercer Mundo como Brasil, la aparición de reglas paralegales, paralelas o extralegales, incentivadas, aceptadas o no por el derecho oficial, está correlacionada directamente con la variable de legitimidad del régimen político. En otras palabras, la pluralidad de los órdenes jurídicos es fruto de la búsqueda de una nueva legitimidad. Sin embargo, a lo anterior habrá que añadir otros factores relevantes; Wolkmer (2006, p. 196) señala lo siguiente:

Todos estos aspectos apuntados, como la ampliación del pluralismo jurídico para abarcar especificidades materiales de determinadas regiones del capitalismo periférico, fundamentados en luchas sociopolíticas y en contradicciones económico-clasistas (Boaventura de S. Santos), así como la pluralidad normativa como respuesta a la crisis de legitimidad política (Joaquim A. Falcão) son factores relevantes pero no suficientes, si no fueran considerados la ‘ineficacia’ y el carácter ‘injusto’ del paradigma hegemónico de la legalidad dogmática estatal.

Wolkmer señala que ya el investigador belga Jacques Vanderlinden, en un ensayo *Síntesis sobre el pluralismo jurídico*, apunta que las dos principales causas genéricas del pluralismo se refieren a “injusticia” e “ineficacia” del modelo de “unicidad” del derecho. Parte del presupuesto de que la “unicidad” es incapaz de contemplar correctamente la existencia de desventajas propias de grupos sociales particulares y de percibir la relatividad de la idea de justicia. Ante esta situación, el pluralismo jurídico puede demostrar de modo amplio la fuerza y la autenticidad de múltiples manifestaciones normativas no estatales originadas por los más diversos sectores de la estructura social, y revelar toda una rica producción legal informal e insurgente a partir de condiciones materiales, luchas sociales y contradicciones clasistas o interclasistas.

Además, siendo la pluralidad normativa y cultural uno de los rasgos centrales de la esfera jurídica en América Latina, es fundamental subrayar que, aunque entendido como tendencia y no como fenómeno generalizado, dicho rasgo posee un origen y permanencia históricas que no pueden soslayarse, puesto que su estructura está enmarcada por un conjunto de macro-variables históricas solo susceptibles de investigación profunda si son acompañadas de un recorrido de sus diversas trayectorias en el tiempo.

Avanzando en esta temática, se puede considerar una nueva interpretación de la naturaleza del pluralismo, o sea, su especificidad *no está en negar o minimizar el Derecho estatal, sino en reconocer que éste apenas es una de las muchas formas jurídicas que pueden existir en la sociedad*. De este modo, el pluralismo legal cubre no solamente prácticas independientes y semiautónomas, con relación al poder actual, sino también prácticas normativas oficiales/formales y prácticas no oficiales/informales. La pluralidad envuelve la coexistencia de órdenes jurídicos distintos que definen o no las relaciones entre sí. El pluralismo puede tener como meta prácticas normativas autónomas y auténticas generadas por diferentes fuerzas sociales o manifestaciones legales plurales y complementarias reconocidas, incorporadas o controladas por el estado.

La complejidad y el extenso cuadro de fenómenos legales plurales viabilizan las posibilidades de diversas propuestas de clasificación. A pesar de que no existe un consenso entre los que tratan la cuestión de las modalidades del pluralismo legal, se debe subrayar sólo una distinción y yuxtaposición proyectada para sociedades de capitalismo periférico. Es en este nivel en que se procesa la dualidad entre “pluralismo jurídico estatal” y “pluralismo jurídico comunitario” (WOLKMER, 2006, pp. 198-199). El primero es aquel modelo reconocido, permitido y controlado por el estado. Se admite la presencia de numerosos “campos sociales semiautónomos”, con relación a un poder político centralizador, así como múltiples sistemas jurídicos establecidos vertical y jerárquicamente a través

de grados de eficiencia, siendo atribuida al orden jurídico estatal una positividad mayor. Ante esto, los derechos no estatales representan una función residual y complementaria, pudiendo ser minimizada su competencia o bien, incorporada por la legislación estatal. En lo que concierne al “pluralismo jurídico comunitario”, éste actúa en un espacio formado por fuerzas sociales y sujetos colectivos con identidad y autonomía propias, existiendo independientemente del control estatal.

Finalmente, Wolkmer (2006, pp. 200-202) aborda diversas “objeciones” hechas al pluralismo jurídico, tanto las objeciones apuntadas por los autores de perfil teórico, tanto tradicional, como de los innovadores. Parte de su argumento es referido a la fase ambigua del pluralismo jurídico que, tanto se puede revelar como una estrategia global progresista, como un proyecto de aspecto conservador. Entonces, si por detrás de un pluralismo se encuentra un Gurvitch o un Proudhon, por otro lado, en el rol del monismo, se alinean pensadores como Marx y Hegel. La relatividad de estas ponderaciones refuerza la propuesta de que, para Norberto Bobbio (1980, pp. 164; 264-265), la propuesta teórica del pluralismo puede ocultar tanto una ideología revolucionaria inserta en un orden que contribuye para la “progresiva liberación de los individuos y de los grupos oprimidos por el poder del Estado”, como una ideología reaccionaria interpretada como “un episodio de la desagregación o de la substitución del Estado y, por lo tanto, como síntoma de una eminente e incomparable anarquía”.

Es importante advertir sobre el posible uso ideológico de las prácticas normativas populares; es decir, se debe asumir el pluralismo jurídico como una realidad histórica y, por tanto, dinámica, y es necesario realizar la historización de su uso como principio de desideologización (WOLKMER, 2006, p. 202). Santos (2009, pp. 577-578) advierte sobre esta equivocidad del pluralismo jurídico:

El pluralismo jurídico juega un papel central en la legalidad cosmopolita, pero siempre ha de estar sometido a una es-

pecie de prueba de fuego para decidir qué tipos de pluralismo jurídico son propicios a la legalidad cosmopolita y cuáles no. El examen consiste en evaluar si el pluralismo jurídico contribuye a reducir la desigualdad de las relaciones de poder, y por ello a reducir la exclusión social o a mejorar la calidad de la inclusión social, o si, por el contrario, fortalece los intercambios desiguales y reproduce la exclusión social. En el primer caso las legalidades no hegemónicas desde abajo forman parte de la pluralidad jurídica cosmopolita.

En síntesis, la introducción del pluralismo jurídico implica, en la realidad de América Latina, no sólo admitir que el tema involucra complejidad, ambigüedad y límites como, sobre todo, que el mismo puede ejercer una función ideológica instrumental “conservadora” o “emancipadora”.

4. Pluralismo jurídico como proyecto conservador

El proyecto de derecho propuesto por Wolkmer para el tercer milenio no es el del pluralismo corporativista medieval ni tampoco el del pluralismo burgués liberal de minorías exclusivistas, discriminadoras y desagregadoras. Tal pluralismo de tradición burguesa, que fue defendido en la primera mitad del siglo XX, viene siendo reintroducido como la principal estrategia del nuevo ciclo del capitalismo mundial, involucrando descentralización administrativa, integración de mercados, globalización y acumulación flexible de capital, formación de bloques económicos, políticas de privatización, dirección informal de servicios, regulación social reflexiva y supranacional, etc. (FARIA, 2001). De ahí que el pluralismo jurídico tradicional sea rechazado desde la perspectiva de la FL, al no responder a la construcción de un derecho desde la perspectiva de las víctimas. Las limitantes e inconvenientes de este pluralismo las describe Wolkmer (2006, p. 203) en el siguiente sentido:

[E]l pluralismo jurídico tradicional se ve afectado por innumerables ‘limitaciones’ [...] incluso, avanzando un poco más, es hasta inviable o inadecuado para estructuras de privilegios, desigualdades e injusticias como la brasileña, principalmente cuando es asumido por intereses exclusivistas provenientes del saqueo de ciertos segmentos neocorporativistas o de elites con mayor poder de presión económica, representantes permanentes de la forma de dominación oligárquica antipopular.

Como consecuencia, el debate sobre el pluralismo jurídico se muestra oportuno, particularmente cuando se piensa en la construcción de una sociedad pluralista, democrática y participativa, adaptada a las contingencias de sociedades marginalizadas como las de América Latina, que conviven con el neocolonialismo, la dependencia y el autoritarismo. En efecto, es prioritario distinguir al pluralismo como proyecto democrático de participación de estructuras sociales dependientes, de cualquier otra práctica de pluralismo que está siendo presentada como una nueva salida para los intentos de “neocolonialismo” o del “neoliberalismo” de los países de capitalismo central avanzado. Este tipo conservador de pluralismo, vinculado a los proyectos de “posmodernidad” (posmodernidad celebratoria, en término de Boaventura de Sousa Santos), es, para Wolkmer, otro engaño para lograr la concentración violenta del capital en el “centro”, excluyendo en definitiva la periferia, radicalizando todavía más las desigualdades sociales y causando el agravamiento de la explotación y la miseria.

Es cierto que este tipo de pluralismo expresa determinadas condiciones de posibilidades que están interligadas directamente al proceso de globalización del capitalismo actual. Como: “a) la crisis del modelo fordista-keynesiano y la globalización de la acumulación flexible; b) el desarrollo del neoamericanismo; c) el debilitamiento de los estados nacionales latinoamericanos junto con los procesos de descentralización administrativa; d) la crisis del traba-

jador de masa y las nuevas luchas sociales” (WOLKMER, 2006, pp. 305-306).

El pluralismo de corte conservador se contraponen radicalmente al pluralismo progresista y democrático que Wolkmer propone. La diferencia entre el primero y el segundo radica fundamentalmente en el hecho de que el pluralismo conservador imposibilita la organización de las masas y enmascara la verdadera participación, mientras que el pluralismo progresista, como estrategia democrática de integración, procura promover y estimular la participación múltiple de los segmentos populares y de los nuevos sujetos colectivos de base.

Del mismo modo se puede diferenciar el antiguo pluralismo (de matriz liberal), de aquél que es afín con las nuevas exigencias históricas. Mientras que el pluralismo liberal era atomístico, consagrando una estructura privada de individuos aislados, movilizadas para alcanzar sus intereses económicos exclusivos, el nuevo pluralismo se caracteriza por ser integrador, que une a los individuos, sujetos y grupos organizados alrededor de necesidades comunes (WOLKMER, 1993, pp. 241-242).

Se trata de la creación de un pluralismo de “sujetos colectivos”, fundado en un nuevo desafío: construir una nueva hegemonía que contemple el equilibrio entre “predominio de la voluntad general (...) sin negar el pluralismo de los intereses particulares”. Además, la hegemonía del “pluralismo de sujetos colectivos”, sedimentada en las bases de un ancho proceso de democratización, descentralización y participación, debe también rescatar alguno de los principios de la cultura política occidental, tales como el derecho de las minorías, el derecho a la diferencia, a la autonomía y a la tolerancia.

Por tanto, un proyecto emancipatorio de pluralismo jurídico, que parte de una propuesta de consolidación democrática coherente para América Latina, sólo puede estar basado en una visión no instrumentalista del Derecho, según la cual, las estructuras so-

ciales y sus respectivos actores se encuentran en permanente cambio de influencias y continua reacomodación, haciendo posible la reconstrucción crítica de la esfera jurídica hacia una reordenación de tipo político.

5. Pluralismo jurídico como proyecto emancipador

La propuesta del pluralismo como un proyecto de “legalidad alternativa” se refiere, por un lado, a la superación de las modalidades predominantes del pluralismo, identificado con la democracia neoliberal y con las prácticas de desreglamentación social, y por otro lado, la edificación de un proyecto político jurídico resultante del proceso de prácticas sociales insurgentes, motivadas para la satisfacción de las necesidades.

Este tipo de pluralismo jurídico es un proyecto que busca hacer realidad los derechos humanos desde la perspectiva que hemos defendido en este capítulo; es decir, se trata de una “legalidad alternativa” construida por el sujeto vivo, práxico e intersubjetivo que es, a su vez, el fundamento de derechos humanos. Como veremos, las características de esta clase de pluralismo jurídico que desarrolla Wolkmer son coincidentes con la manera en que hemos abordado el tema de derechos humanos a través de estas páginas.

La propuesta de un pluralismo jurídico como proyecto alternativo para espacios del capitalismo periférico latinoamericano presupone la existencia y articulación de determinados requisitos, para lo cual debemos observar:

- a) Fundamentos de “efectividad material”: Se refieren al surgimiento de nuevos sujetos colectivos, y a la satisfacción de las necesidades humanas fundamentales.
- b) Fundamentos de “efectividad formal”: Son el reordenamiento del espacio público mediante una política democrático-comunitaria descentralizadora y participativa, el desarrollo de una ética concreta de la alteridad, y la cons-

trucción de procesos para una racionalidad emancipatoria (WOLKMER, 2006, pp. 204-246).

Es en estos fundamentos donde Wolkmer hace uso de la FL para integrar su propuesta de pluralismo jurídico como proyecto emancipador. En ellos, como veremos, encontraremos diversas coincidencias con lo que hemos expuesto en este capítulo.

5.1 Nuevas subjetividades: Nuevos Movimientos Sociales

En primer lugar, como fundamento de efectividad material, Wolkmer señala la cuestión de los *nuevos sujetos sociales* que polarizan u ocupan el papel central del nuevo paradigma. Ya no se trata del antiguo sujeto privado, abstracto y metafísico, de tradición liberal individualista que, como sujeto cognoscitivo “*a priori*”, se adaptaba a las condiciones del objeto dado y a la realidad global establecida. Este enfoque de pluralismo jurídico se centra sobre un sujeto vivo, actuante y libre, que participa, se autodetermina y modifica lo mundial del proceso histórico social.

La situación de lo “nuevo”, en cuanto portador del futuro, no está referida a una totalidad universalista constituida por sujetos soberanos, centralizados y creados *a priori*, sino en el espacio de subjetividades cotidianas compuestas por una pluralidad de sujetos diferentes y heterogéneos. En efecto, tanto el “nuevo” como el “colectivo” no deben ser pensados, señala Wolkmer (2006, p. 208), en términos de identidades humanas que siempre existieron, según el criterio de clase, etnia, sexo, edad, religión o necesidad, “sino en función de la postura que permitió que sujetos inertes, dominados, sumisos y espectadores pasaran a ser sujetos emancipados, participantes y creadores de su propia historia”. Se trata del sujeto vivo, intersubjetivo y práxico que se muestra como comunidad de víctimas. De ahí que el sujeto abstracto, individualista y universal de la Modernidad hegemónica que en América Latina era concretizado

por oligarquías, burguesías nacionales, elites empresariales y burocracias militares, es sustituido por “un tipo de colectividad política constituida tanto por agentes colectivos organizados como por movimientos sociales de naturaleza rural (campesinos sin tierra), urbana (sin techo), étnica (minorías), religiosa (comunidades eclesiales de base), estudiantil, así como por comunidades de mujeres, de barrios, de fábricas, de corporaciones profesionales y demás cuerpos sociales intermedios semiautónomos clasistas e interclasistas” (WOLKMER, 2006, p. 210).

Al caracterizar la noción de sujeto como entidad que implica lo “nuevo” como oposición a lo “establecido” y lo “oficial”, y lo “colectivo” frente a lo “abstracto” e “individual”, se privilegia en una pluralidad de sujetos a los movimientos sociales recientes. Los movimientos sociales son en la actualidad, los sujetos de una nueva ciudadanía, revelándose como auténticas fuentes de una nueva legitimidad.

5.2. *El sistema de necesidades*

Al abordar al sujeto vivo como fundamento de derechos humanos analizamos la cuestión de la satisfacción de necesidades para la producción, reproducción y desarrollo de la vida. En cuanto al pluralismo jurídico, Wolkmer señala que, con la aparición de los nuevos sujetos colectivos de legalidad, concretizados en los movimientos sociales, se justifica la existencia de todo un complejo “sistema de necesidades”. Este “sistema de necesidades” es calificado como la *segunda suposición o fundamento* en la elaboración del nuevo pluralismo de tenor comunitario participativo.

En su sentido genérico, las necesidades involucran exigencias valorativas, bienes materiales e inmateriales. El conjunto de las “necesidades humanas”, que varían de una sociedad para otra, propicia un amplio proceso de socialización del mercado por elecciones cotidianas sobre “modos de vida” y “valores”, tales como la

libertad, la vida, la justicia etc. Las condiciones económicas generadas por el capitalismo, impiden la satisfacción de las necesidades, generando un sistema de falsas necesidades, necesidades que no pueden ser completamente satisfechas. Señala nuestro autor que “[a]unque la dinámica de las necesidades esté vinculada a la formación de identidades individuales y colectivas en cualquier tipo de sociedad, fue con la modernidad burguesa capitalista e industrial que adquirió especificidades no comunes e ilimitadas” (WOLKMER, 2006, p. 213).

No obstante, el desarrollo coyuntural y estructural del capitalismo dependiente latinoamericano favorece la interpretación de las “necesidades” como producto de las carencias primarias, de luchas y conflictos engendrados por la división social del trabajo y por exigencias de bienes y servicios vinculados a la vida productiva. Siguiendo a Agnes Heller, Wolkmer (2006, p. 215) señala “Así, las ‘necesidades radicales’ son las únicas que pueden constituirse en factores de superación de la sociedad capitalista, posibilitando, a través de la conciencia adquirida, la superación de la alienación, la transformación de la vida cotidiana y la emancipación humana”.

Las condiciones de vida experimentadas por los diversos segmentos populares latinoamericanos, básicamente, aquellas condiciones negadoras de la satisfacción de las necesidades identificadas con la sobrevivencia y subsistencia, acaban produciendo reivindicaciones que exigen y afirman derechos. No hay duda de que la situación de privación, carencia y exclusión, constituyen la razón motivadora de la aparición de derechos por las necesidades. Es decir, los derechos objetivados por los agentes de una nueva ciudadanía colectiva expresan la intermediación entre necesidad, conflictos y demandas.

5.3. *Reordenamiento del espacio público*

El *tercer supuesto* para articular un pluralismo comunitario consiste en viabilizar las condiciones para la implementación de una política democrática que dirija, y al mismo tiempo reproduzca, un *espacio comunitario descentralizado y participativo*. Tal propósito no parece ser muy fácil en estructuras sociales con alto grado de inestabilidad socio política, como las latinoamericanas, ya que están contaminadas hasta las raíces por una tradición centralizadora, dependiente y autoritaria.

Debe tomarse en cuenta, además, que las estructuras sociales periféricas están contaminadas hasta las raíces por una tradición político-cultural centralizadora, dependiente y autoritaria. La composición territorial y política se formó en dependencia de un proceso de imposición de la producción del capital internacional y de intereses exclusivistas de una elite burocrática-oligárquica, poseedora de la hegemonía política, económica y cultural.

A Wolkmer le parece claro que la ruptura con este tipo de estructura societaria, demanda profundas transformaciones en las prácticas, en la cultura y en los valores de modo de vida cotidiana. Más allá de la subversión a nivel de pensamiento, discurso y comportamiento, importa, del mismo modo, reordenar el espacio público individual y colectivo, rescatando formas de acción humanas que pasan por las cuestiones de la “comunidad”, “políticas democráticas de bases”, “participación y control popular”, “gestión descentralizada”, “poder local o municipal” y “sistemas de consejos”. Para esto es importante recuperar el concepto de “comunidad”:

Aunque pueda tener un sentido a veces vago y difuso, la noción de ‘comunidad’ implica cierto aglomerado social con características singulares, intereses comunes e identidad propia, que, aunque insertos en un especto de relaciones inundadas por consenso y disensos, se interrelacionan por

un lastre geográfico espacial, por coexistencia ideológica y por carencias materiales (WOLKMER, 2006, p. 219).

Wolkmer se aleja de nociones liberales-capitalistas de “comunidad”, basadas más en la idea del contractualismo, las cuales le dan un carácter estático a esa noción. Por eso, la forma de pensar la comunidad, en este tipo de concepción pluralista, significa comprenderla como un espacio público constituido en parte por la legitimación de nuevas fuerzas sociales que, en permanente ejercicio de su alteridad, son conscientes de sus necesidades fundamentales y se habilitan como instancias productoras de prácticas jurídicas autónomas. En este sentido, “la comunidad a través de los movimientos sociales y de los múltiples cuerpos intermedios está llamada a co-dirigir su destino” (WOLKMER, 2006, p. 220).

Lo importante en el nuevo orden político del espacio público, con el respectivo proceso de consolidación de la *democracia participativa de base*³, es el descubrimiento de una nueva sociedad pluralista marcada por la convivencia de los conflictos y de las diferencias, propiciando otra legalidad apoyada en las necesidades esenciales de los nuevos sujetos colectivos. Pues, en la medida en que la democracia formal y el sistema convencional de representación, es decir, los partidos políticos, se vuelven obsoletos y no logran canalizar las demandas sociales, se dan las condiciones de participación para las nuevas identidades colectivas insurgentes:

No se trata más de sujetos de una ‘ciudadanía regulada’, presos de la formalidad del voto representativo, sino de ‘sujetos en relación’, en una dinámica de alteridad con el otro, con la comunidad y con el poder político, objetivando la

3 Sobre los mecanismos propuestos para la democracia de base, véase WOLKMER, 2006, pp. 222-224. Donde, entre otras, propone: la presencia de organizaciones de interés popular en la esfera pública local; la práctica del plebiscito; el ejercicio del referéndum; el “veto popular”; las “audiencias públicas”; proyectos presupuestarios consultados; participación en el poder de control por parte del pueblo; etc.

solución de sus problemas, de sus carencias y del reconocimiento de sus derechos (WOLKMER, 2006, p. 222).

En síntesis, el pluralismo jurídico emancipador requiere de un nuevo espacio público, que supere la democracia burguesa formal y la regulación estatal de la “ciudadanía”, para potencializar las ventajas de las prácticas democráticas de intervención continua, que reflejen los intereses y los conflictos cotidianos de las diversas fuerzas sociales a cada momento. Es decir, la democracia participativa de base no se consolida por el número de votos, sino por la capacidad de determinados sectores sociales para organizarse en la expresión de sus necesidades a través de su intervención en la opinión pública.

5.4. *Ética concreta de la alteridad*

Una *cuarta condición o fundamento* para la composición de la legalidad alternativa es la construcción de una *ética de la solidaridad o de la alteridad*. La cuestión de la alteridad, recordémoslo, la hemos abordado tanto en el capítulo primero de esta tesis al hablar de la praxis de los primeros defensores de los pueblos indígenas como al hablar del fundamento de derechos humanos al inicio del presente capítulo. El agotamiento de la cultura burguesa capitalista de cuño individualista nos lleva a la crisis ética de la modernidad. Se vive en la actualidad, las consecuencias de una ética basada en el individualismo, en el poder, en la competencia, en la eficiencia, en la producción, en el relativismo, etc.

La ética concreta de la alteridad no se prende de ingenierías “ontológicas” y de juicios universales *a priori*, colocados para ser aplicados en situaciones concretas, sino que asume y construye concepciones valorativas que emergen de las propias luchas, conflictos e intereses de nuevos sujetos insurgentes en permanente afirmación. Wolkmer (2006, p. 233) señala que así, esta ética “posee un cuño liberador, pues, por estar inserta en las prácticas so-

ciales y de ellas ser producto, puede perfectamente materializarse como el instrumento pedagógico que mejor se adapta a los intentos de conscientización y transformación de las naciones dependientes del capitalismo periférico, así como de las luchas de liberación y emancipación nacional de los pueblos oprimidos”.

El contenido constructivo de la “ética de la alteridad”, como expresión de valores emergentes, tales como justicia, solidaridad, autonomía, emancipación, de los nuevos sujetos individuales y colectivos, ya sea como forma de destrucción del poder dominante, ya como instrumentos pedagógicos de la liberación, envuelve dos condiciones esenciales:

- a) “Se inspira en la ‘praxis concreta’ y en la situación histórica de las estructuras socio-económicas hasta hoy despojadas, dependientes, marginadas y colonizadas.
- b) Las categorías teóricas y los procesos de conocimiento se encuentran en la propia cultura teológica, filosófica y socio-política latinoamericana. En este sentido, se debe aprender un pensamiento periférico autóctono de vanguardia, representado tanto por la Filosofía (Enrique Dussel, Juan Carlos Scannone, Raúl F. Betancourt, Augusto Salazar Bondy, Alejandro Serrano Caldera, Leopoldo Zea y otros) como por la Teología (Gustavo Gutiérrez, Leonardo Boff, Hugo Assmann y otros) y por las Ciencias Sociales (José Carlos Mariátegui, Eduardo Galeano, Darcy Ribeiro, Franz J. Hinkelammert y otros).” (WOLKMER, 2006, p. 234)

La ética de la alteridad comparte ciertos valores racionales y universales, como la vida, la libertad y el bien común, pero por ser parte de una pluralidad de formas de vida, traduce la singularidad de ciertas metas específicas, representadas por la justicia, la solidaridad, la emancipación y por la satisfacción de las necesidades humanas. Esta ética da prioridad a las prácticas culturales de una determinada condición histórica particular, material y no formal.

Se trata de una ética de solidaridad que parte de las necesidades de los segmentos humanos marginados y se propone generar una práctica pedagógica libertadora, capaz de emancipar a los sujetos históricos oprimidos, sin justicia, alienados y excluidos. Por ser una ética que debe reflejar los valores de la emancipación de nuevas entidades colectivas que van afirmando y reflejando una praxis concreta, comprometida con la dignidad del otro, encuentra sus soportes teóricos no sólo en las prácticas sociales cotidianas y en las necesidades históricas reales, sino en algunos supuestos epistemológicos de la FL (DUSSEL, 1996; 1998) que hemos desarrollado a través de este capítulo.

A partir de las necesidades de los segmentos excluidos, esta ética se propone generar una práctica pedagógica, capaz de emancipar a los sujetos oprimidos y explotados. Por ser una ética comprometida con la dignidad del otro, es fundamental llevar el ejercicio del derecho más allá de los profesionales liberales y realizar todo un esfuerzo pedagógico para que lo jurídico sea un instrumento de los movimientos populares. Para lo cual es indispensable el aporte del pensamiento de Paulo Freire (1966) y su pedagogía del oprimido. Se trata de una educación como proceso de desmitificación y concientización, apta para llevar y para permitir, por medio de una dinámica de interacción entre conciencia, acción, reflexión y transformación, que las identidades individuales y colectivas asuman el papel de agentes históricos de juridicidad, haciendo y rehaciendo el mundo de la vida, y ampliando los horizontes del poder de la sociedad.

5.5. Racionalidad de carácter emancipatoria

La *última condición* que es necesario considerar para fundamentar un nuevo paradigma de legalidad se refiere a la elaboración de una *racionalidad de carácter emancipatoria*, engendrada a partir de la práctica social resultante de intereses, carencias y necesidades vitales. Es lo

que hemos llamado como *logos* histórico con una función liberadora, y la racionalidad del sujeto vivo.

Wolkmer efectúa una revisión de la crítica a la razón instrumental realizada por la Escuela de Frankfurt, desde Adorno hasta Habermas. Reconoce sus aportaciones para superar las formas disgregantes y distorsionadas asumidas por la racionalidad iluminista, pero considera sus límites, pues “[a]unque se puede reconocer la validez de la ‘racionalidad comunicativa’ en el futuro diálogo entre las naciones ricas del Norte y los países pobres del Sur, se deben tener presente ciertas insuficiencias de su ‘discurso emancipador’ con respecto a la ‘praxis’ socio-política de estas últimas sociedades dependientes” (WOLKMER, 2006, pp. 244-245). Esto en función de que las categorías *a priori* pueden desconocer que toda formulación teórica que implique procesos racionales, debe surgir de las necesidades, reivindicaciones, conflictos y luchas históricas. Es decir,

[...] los procesos de racionalización no nacen de los *a priori* fundamentales universales, sino de la contingencia directa de los intereses y necesidades de la pluralidad de acciones humanas en permanente proceso de interacción y participación. De este modo, el nuevo concepto de razón implica el abandono de todo tipo de racionalización metafísica y técnico-formalista equidistante de la experiencia concreta y de la creciente pluralidad de las formas de vida cotidiana (WOLKMER, 2006, p. 245).

Por tanto, para Wolkmer, el modelo tradicional de racionalidad técnico formal, debe ser suplantado por el modelo crítico dialéctico de racionalidad emancipatoria, generado en la realidad de la vida concreta. No se trata de una “razón operacional” predeterminada y sobrepuesta a la vida, dirigida para modificar el espacio comunitario, sino de una razón que parte de la totalidad de la vida y de sus necesidades históricas. En síntesis, se trata de la construcción de una racionalidad como expresión de una identidad cultural

como exigencia y afirmación de libertad, emancipación y autode-terminación. Se trata de una razón libre, cuya realidad no provenga de la razón, sino cuya razón derive de la realidad. Y toda esta racionalidad se conecta con lo ya comentado respecto a la necesaria pedagogía del oprimido, y la comprensión del Derecho como instrumento de la vida cotidiana de las comunidades y no como herramienta técnico-formal de los profesionistas liberales.

6. Conclusión

La emergencia de nuevas y múltiples formas de producción del derecho está comprendida en el fenómeno “práctico histórico” del pluralismo jurídico. Se trata de la producción y la aplicación de derechos provenientes de las luchas y de las prácticas sociales comunitarias, independientes de los órganos o agencias del estado. La prueba de esta realidad innovadora, que no se centraliza en los lugares tradicionales del ejercicio jurídico (tribunales, administración, escuelas de derecho) sino en el seno de la propia comunidad, son los nuevos sujetos sociales. Con esto, aflora toda una nueva lógica y una “nueva” justicia que nace de las prácticas sociales y que pasa, dialécticamente a orientar la acción libertadora de los agentes sociales excluidos.

Wolkmer propone romper con la configuración mítica de que el derecho emana sólo de la norma estatal, instaurándose la idea consensual del derecho como “acuerdo”, producto de necesidades, confrontaciones y reivindicaciones de las fuerzas sociales en la arena política. En este sentido, en un espacio como el latinoamericano, donde la fluidez de significados y prácticas sociales derivados del pluralismo jurídico irrumpe como hendiduras en la fija unidad mono-racionalista de la Modernidad no es de extrañar, afirma nuestro autor, que el derecho oficial deba ser reconceptualizado como un sistema cultural en el cual diferentes “posiciones discursivas” interactúan en un proceso constructivo.

Diversos hechos confirman la implementación creciente de nuevos mecanismos de autorregulación de los conflictos y de la resolución de los intereses emergentes; sin negar o abolir las manifestaciones normativas estatales, a través de aquéllas se avanza democráticamente en dirección a una legalidad plural, fundada no exclusivamente en la lógica de una racionalidad formal, sino en la satisfacción de las necesidades y en la legitimación de nuevos sujetos legales.

Los nuevos modelos plurales y democráticos de justicia se dirigen a un desarrollo de ciertas prácticas nombradas como de “legalidad alternativa”. No se trata propiamente de un “uso alternativo del derecho”, sino de un proceso de construcción de otras formas jurídicas. Ciertamente que el objetivo más importante de transformación jurídica no consiste en la substitución de una normatividad injusta por otra normatividad más favorable, sino en identificar el derecho con los sectores mayoritarios de la sociedad (PALACIO, 1993, pp. 130-131). El fenómeno de las prácticas jurídicas alternativas, que se inserta en la globalidad del pluralismo jurídico, comprende prácticas no siempre homogéneas e idénticas. Un ejemplo de esto puede ser constatado en dos tipologías recientes.

Para Germán Palacio, la expresión genérica del Derecho alternativo se refiere a las formas del Derecho indígena, del Derecho de transición social o del Derecho insurgente. El Derecho consuetudinario de las comunidades indígenas es el Derecho nativo de resistencia que subsiste pese a las ofensivas imperialistas de los países coloniales. El Derecho de transición social es aquel que surge de sociedades políticas que pasaron por un proceso revolucionario (Portugal en el tiempo de la Revolución, la Nicaragua de los Sandinistas). Por fin, el Derecho insurgente “creado por los oprimidos de acuerdo con sus intereses y necesidades” (PALACIO, 1993, pp. 131-132).⁴

⁴ También ver CORREAS, 2003, pp. 87-125.

Por otro lado, en la experiencia de los años 90 en Brasil, el magistrado Amilton B. Carvalho, en su obra *Derecho Alternativo en la Jurisprudencia*, propone que el “movimiento del Derecho alternativo” en su sentido general, comprende los siguientes frentes de lucha: 1º) *Uso alternativo del Derecho*: utilización, vía interpretación diferenciada, de las “contradicciones, ambigüedades y lagunas del derecho legislativo en una óptica democratizante”. 2º) *Positivismo de combate*: uso y reconocimiento del derecho positivo como arma de combate, es la lucha para la efectivización concreta de los derechos que ya están en los textos jurídicos pero que no están siendo aplicados. 3º) *Derecho alternativo en sentido estricto*: “derecho paralelo, emergente, insurgente, encontrado en la calle, no oficial, que coexiste con aquél otro emergente del estado, es un derecho vivo, actuante, que está en permanente formación/transformación (WOLKMER, 2002, p. 165-167).

Por lo tanto, las múltiples y diversas prácticas del llamado Derecho Alternativo, en Brasil, comprenden un proceso mayor que debe ser reconocido como pluralismo jurídico. Visto que la proyección y difusión del “movimiento alternativo” es relativamente nueva, todavía no ha sido posible definir claramente su concepción, caracterización, funcionamiento e influencia.

Ciertamente que los criterios que expresan prácticas alternativas de reglamentación implican informalización, descentralización y democratización de los procedimientos, factores que se constituyen en el medio más adecuado para hacer operativas las demandas para el acceso a la justicia y operar los conflictos colectivos de espacios societarios, marcados constantemente por inestabilidad y cambios sociales.

Para valorar la propuesta de Wolkmer, en relación con la perspectiva desde la FL de derechos humanos, hay que tomar en cuenta que no se trata de una teoría del derecho dentro del marco de la racionalidad positivista, ni busca darle una categoría de “teoría pura”. Más bien consiste en una visión interdisciplinaria, rela-

cional y compleja del fenómeno jurídico, pues sólo de esta forma puede denunciarse la insuficiencia y el agotamiento del modelo clásico occidental de legalidad positiva, y desde ahí construir un nuevo paradigma de legalidad basado en supuestos que parten de las condiciones históricas actuales y de las prácticas y luchas sociales insurgentes, de las praxis de liberación de los sujetos vivos e intersubjetivos.⁵

Es importante aclarar que la FL no idealiza las prácticas populares, sino que reconoce que éstas pueden engendrar también un derecho injusto —al igual que puede hacer el estado—. De ahí la importancia de una ética de la alteridad, que sea capaz de ser crítica de las prácticas de los nuevos movimientos sociales. Tampoco se trata de que el pluralismo jurídico desconozca el valor de lo formal, ni del estado de derecho o la constitucionalidad de los derechos fundamentales, sino que, tratándose de los países con capitalismo periférico, el respeto a este tipo de juridicidad requiere otros mecanismos más allá de la clásica división de poderes y una representatividad que supere la de las democracias burguesas. En este sentido, la dualidad estado—sociedad civil se comprende, en la propuesta de Wolkmer, de una forma diferente a la clásica de la Modernidad. La sociedad civil no debe ser un conjunto atomizado de ciudadanos, sino es el nuevo espacio de participación política de movimientos sociales. Es el espacio donde se construye el sujeto intersubjetivo. Es decir, el pluralismo jurídico no sólo significa una nueva legalidad sino también una nueva concepción del estado, que no conlleve a su debilitamiento sino a su fortalecimiento desde la base.

Otorgar legitimidad a las demandas de los Nuevos Movimientos Sociales permite, entre otras cosas, asumir que los derechos humanos más allá del individualismo ilustrado y de la visión eurocéntrica de la historia. Además, posibilita que la teoría del de-

5 Para una exposición de luchas y prácticas en América Latina, donde se genera derecho fuera del estado, puede consultarse: el capítulo V de la obra en comento de WOLKMER, 2006, pp. 247-297. También DE LA TORRE RANGEL, 2005.

recho sea capaz de asumir uno de los cambios más importantes que se han dado en las últimas décadas respecto a los derechos: la llegada de nuevos interlocutores a este campo, de subjetividades emergentes. De ahí que sea importante la recuperación de los sujetos colectivos (sea el “pueblo” o los “nuevos movimientos”), pues en la era de la globalización, los derechos humanos deben comprenderse, para su efectividad, como derechos de los pobres para evitar así la inversión ideológica a favor de los dueños del gran capital (WILFRED, 2004, pp. 321-336).

Por último, ante la pretensión de los pensamientos abstractos de encontrar respuestas *a priori*, hay que dejar en claro la apuesta epistemológica de Wolkmer, generada desde las categorías de la FL. Es una epistemología crítica que busca delinear caminos de emancipación a partir de prácticas emancipatorias. De ahí que, la pretendida neutralidad científica y política, queden a un lado. Además, al tratarse más de una *teoría procesual* que de una teoría pura, contiene una importante dimensión pedagógica. Esta dimensión tiene la función estratégica de preparar, a nivel social y político, los horizontes de un nuevo paradigma capaz de reconocer y otorgar legitimidad a normas extra e infraestatales, engendradas por carencias y necesidades provenientes de nuevos sujetos sociales, y de captar las representaciones legales de sociedades emergentes marcadas por estructuras de profunda desigualdad.

Bibliografía

- BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*. Valencia: Fernando Torres, 1980.
- CORREAS, Ó., *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*. México: Fontamara, 2003.
- DE LA TORRE RANGEL, J. A., *El derecho como arma de liberación en América Latina*, San Luis Potosí: UASLP-CENEJUS-CEDH, 2006.
- DE LA TORRE RANGEL, J. A., *El derecho que nace del pueblo*. México: Porrúa, 2005.

- DUSSEL, E., *Ética de la Liberación En la edad de la globalización y de la exclusión*. Madrid: Trotta, 1998;
- DUSSEL, E., *Filosofía de la Liberación*. Bogotá: Nueva América, 1996.
- FALCÃO, J. A. (Org.), *Conflicto de propiedad - Invasiones urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- FARIA, J. E., *A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança*, Ed. Universidade de Brasília, Brasília, 1988, p. 24. Cit. por WOLKMER, A. C., *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, San Luis Potosí: Universidad Autónoma de San Luis Potosí –CEDH, 2006, pp. 25-26.
- FARIA, J. E., *Derecho y globalización económica*. Madrid: Trotta, 2001.
- FREIRE, P., *Pedagogía del oprimido*, Trad. Jorge Mellado. México: Siglo XXI, 1996.
- GÓMEZ, M., “Derecho indígena y Constitucionalidad”, ponencia presentada en el XII Congreso Internacional de la Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal, Arica, marzo de 2002, cit. en LÓPEZ FUENTES, J. L., *Los derechos de los pueblos indígenas*, Diputación de Málaga, Málaga, 2006.
- GROSSI, P., *Mitología jurídica de la Modernidad*, Trad. Manuel Martínez Neira, Madrid: Trotta, 2003.
- GUTELMAN, M., *Capitalismo y reforma agraria en México*, México: ERA, 1975.
- KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, Trad. Roberto J. Vernengo, México: Porrúa, 1997
- KUHN, T. S., *La estructura de las revoluciones científicas*, Trad. Carlos Solís, México: FCE, 2007.
- MOREIRA DA SILVA, J. C., “Pluralismo jurídico y nuevos movimientos sociales: de la crisis de la dogmática jurídica a la afirmación de nuevos derechos” en Jesús Antonio de la Torre Rangel (Coord.), *Pluralismo jurídico. Teoría y experiencias*, Aguascalientes-San Luis Potosí: CENEJUS-UASLP, 2007, pp. 51-53.
- PALACIO, G., *Pluralismo Jurídico*. Bogotá: IDEA/Universidad Nacional, 1993.
- ROSILLO MARTÍNEZ, A., “Fundamentación de los derechos humanos desde la Filosofía de la Liberación”. *Revista de Investigaciones Jurídicas*, No. 36, Escuela Libre de Derecho, México, 2012.
- ROSILLO MARTÍNEZ, A., “Pensamiento complejo y pensamiento simplificador en la comprensión de derechos humanos”. *Díke. Revista del Centro de Investigaciones Juridicopolíticas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la BUAP*, Puebla, no. 12, 2013, pp. 49-76.
- ROSILLO MARTÍNEZ, A., *Fundamentación de derechos humanos desde América Latina*, Editorial Ítaca, México, 2013.

- ROSILLO MARTÍNEZ, A., *Praxis de liberación y derechos humanos. Una introducción al pensamiento de Ignacio Ellacuría*, Universidad Autónoma de San Luis Potosí-Comisión Estatal de Derechos Humanos, San Luis Potosí, 2008.
- SANTOS, B. S., *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, México-Bogotá: Siglo XXI-Universidad de los Andes, 2010.
- SANTOS, B. S., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid-Bogotá: Trotta-ILSA, 2009.
- SANTOS, B. S. *El discurso y el poder. Ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica*, Porto Alegre: Sergio A Fabris, 1988.
- WILFRED, F., “¿Derechos humanos o los derechos de los pobres? Rescatando los derechos humanos de las inversiones contemporáneas”, en *Filosofía para la convivencia. Caminos de diálogo norte-sur*. Sevilla: MAD, 2004.
- WOLKMER, A. C., *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, Sevilla: MAD, 2006.
- WOLKMER, A. C., “Bases éticas para una juridicidad alternativa”, en Jesús Antonio de la Torre Rangel (Coord.), *Derecho alternativo y crítica jurídica*. México: UAA-ITESO-Porrúa, 2002.
- WOLKMER, A. C., “El pluralismo jurídico: Elementos para un ordenamiento alternativo” en *Crítica jurídica*, n. 13. México: UNAM, 1993.

El sistema de satisfactores/realizadores históricos (pluralidad) - el sistema de necesidades/capacidades transculturales (comunidad):

Un aporte para el pluralismo jurídico crítico emancipador de Antonio C. Wolkmer

Antonio Salamanca Serrano

1. Introducción

A. C. Wolkmer es un pensador y profesor brasileño (1952) comprometido con la emancipación de los pueblos que ha venido trabajando el pluralismo jurídico crítico, particularmente en América Latina. En 1992 defiende su tesis doctoral *Pluralismo jurídico: el espacio de las prácticas sociales participativas*. Su producción se ha profundizado a lo largo de este tiempo en artículos académicos y libros. En 2017 publica *Teoría Crítica del Derecho desde América Latina* donde hace un mapeo del pensamiento jurídico crítico frente a los paradigmas jurídicos dominantes de la tradición iusnaturalista y el iuspositivismo. Aunque el pensamiento jurídico crítico en América Latina recogido en la obra tiene una fuerte circunscripción a la producción en los templos universitarios, están presentes propuestas que desafían estas limitaciones y apuntan a nuevos horizontes, como el “derecho que nace del pueblo”, en la vida y obras de Jesús Antonio de La Torre Rangel (México), o “el derecho que nace de las calles y barrios”, en la obra de Boaventura de Sousa Santos (Portugal, Brasil, Bolivia, Ecuador). En *Crítica del Derecho desde América Latina* el panorama del pensamiento jurídico crítico da comienzo a finales del siglo XX con la influencia crítica europea. Sin embargo, para evitar la desconexión histórica, no se puede olvidar que ese pensamiento en parte enlaza con la línea madre

del pensamiento jurídico crítico de la colonia y prehispánico. Es el caso de la reivindicación desde México de Alejandro Rosillo en *La tradición hispanoamericana de derechos humanos* (2012) (SALAMANCA, 2018, p. 42).

Como señalamos en *Filosofía Jurídica Latinoamericana en el siglo XXI* (2018), a pesar de los espacios fundamentalmente universitarios que identifica A. C. Wolkmer, el pensamiento jurídico contrahegemónico en América Latina continúa siendo marginal, periférico y limitado en la articulación regional. La ideología jurídica, la de la clase burguesa, sigue colonizando las vidas de los pueblos:

El pensamiento jurídico crítico hoy no es hegemónico ni en América Latina ni en el resto del mundo. Es periférico, silenciado y de resistencia muchas veces. Esto hay que tenerlo en cuenta cuando nos acercamos a la obra de A. C. Wolkmer. El panorama que nos presenta es muy rico, no homogéneo, lleno de matices, esperanzador sin duda. Sin embargo, la exhaustividad de su trabajo no debe llevar a la idea de que es la conciencia jurídica mayoritaria en los pueblos ni la filosofía y teoría jurídica que se enseña mayormente en las facultades de derecho de la Universidades. Lo que domina y sigue creciendo es el positivismo jurídico con las múltiples variantes de sus familias. El estado general de los pueblos es de indigencia jurídica y de enajenación de la conciencia de sus derechos (pp. 42-43).

Para A. C. Wolkmer, en América Latina el pensamiento jurídico crítico, además de marginal, es también diverso y plural. Entre muchas posibles clasificaciones, una general lo puede diferenciar en dos categorías. Existe una primera corriente a) que es de *tradición nihilista y deconstructivista*. Sin embargo, a su juicio, en sus postulados críticos no se ha tenido presente los lugares epistémicos propios periféricos (coloniales) que hacen ver la realidad y su liberación (revolución) con mayor complejidad y particularidad (SALAMANCA, 2018, 50):

En verdad, las teorías críticas (como los modismos nihilistas y deconstructivistas) construidas por las élites pensantes del Norte no han tenido en cuenta los problemas del colonialismo, del feminismo, de la raza, las minorías multiétnicas ni de los refugiados (WOLKMER, 2017, p. 34).

También existe otra segunda corriente b) de *pensamiento jurídico crítico emancipador*. Los ámbitos en los que se ha centrado son las prácticas alternativas del derecho, derechos humanos, asesoría jurídica popular, pluralismo legal indígena, justicia comunitaria, Estado plurinacional y constitucionalismo andino, etc. (WOLKMER, 2017, p. 93). El autor identifica en esta segunda corriente la influencia de dos tradiciones jurídicas: el *Critical Legal Studies* (estadounidense) y el Uso Alternativo del Derecho y la Asociación Crítica del Derecho (europea).

La propuesta propia de pluralismo jurídico crítico (emancipador) que viene trabajando A. C. Wolkmer entiende que, sin negar y reconociendo esas influencias estadounidenses y europeas, el pensamiento jurídico en América Latina puede enriquecerse con la crítica decolonial, intercultural e interdisciplinar. Él propone renovar el derecho con los aportes de: a) la teología y filosofía de la liberación (Gustavo Gutiérrez, Ignacio Ellacuría, Leonardo Boff, Enrique Dussel); b) la educación conscientizadora popular (Paulo Freire); c) la investigación de la praxis sociológica (Orlando Fals Borda); d) la antropología del hombre latinoamericano (Darcy Ribeiro, Rodolfo Kusch); e) la economía de la dependencia (Theotônio Santos, A. Gunder Frank, Ruy Mauro Marini); f) la descolonización de los espacios geográficos (Milton Santos); g) el indigenismo; h) el feminismo; i) el “nuevo” constitucionalismo latinoamericano (WOLKMER, 2017, p. 36) y el buen vivir andino, lo común y los bienes comunes (A. Wolkmer y F. S. Wolkmer, 2020).

Como poníamos de relieve en *Filosofía Jurídica Latinoamericana en el siglo XXI* (SALAMANCA, 2018, p. 51), un aspecto clave en

la obra de A. C. Wolkmer es su advertencia de las limitaciones de la crítica emancipatoria sin proyecto revolucionario, citando a Ph. Slater, en *Origen y significado de la Escuela de Frankfurt* (1978), asume la denuncia de que:

[m]ostrar tan sólo la necesidad de las contradicciones y tener consciencia de ellas no es suficiente; una real teoría revolucionaria incluye una teoría de la organización y acción política. Es precisamente una teoría crítico-práctica. Y es exactamente de eso que carece la concepción de la Escuela de Frankfurt (Ph. Slater en WOLKMER, 2017, p. 34).

Por esta razón es que una de las principales señas de identidad que diferencia al pluralismo jurídico conservador o nihilista del pluralismo jurídico crítico emancipador es la apuesta de este último por “recuperar y reconstruir la noción de *utopía* en la perspectiva de la comunidad, de lo *común*, potencializando nuevos modos de resistencia” (WOLKMER, 2017, p. 37; A. WOLKMER A. C.; WOLKMER F. S, 2020).

En síntesis, pensar y operar una teoría crítica alternativa/descolonial implica ir más allá de los marcos emancipatorios de la tradición moderna, esencialista, racionalista y eurocéntrica; es dirigirse a una construcción realista, contextualizada y transformadora de los espacios societa-rios, políticos y culturales subalternos” (Wolkmer, 2017, p. 37)... “la formulación teórico-práctica capaz de cuestionar y de romper con lo normativo que está disciplinariamente ordenado y oficialmente consagrado (en el conocimiento, en el discurso y en procedimiento práctico) en dada formación social, y como la posibilidad de concebir y operar otras formas diferenciadas, no represivas y emancipadoras, de práctica jurídica (WOLKMER, 2017, p. 41).

Para la praxis jurídica liberadora en América Latina la opción no es entonces quedarse en una mera crítica posmoderna, relativis-

ta y nihilista del derecho burgués, lingüística, discursivamente sofisticada sino caminar hacia un derecho entendido como “praxis social que realice las necesidades de vida de los excluidos...de aplicabilidad de un Derecho verdaderamente justo” (WOLKMER, 2017, p. 55). A. C. Wolkmer concreta algunas de las tareas del nuevo paradigma jurídico, expuestas por L. A. Warat (SALAMANCA 2018, p. 57):

1) mostrar los mecanismos discursivos a partir de los cuales la cultura jurídica se convierte en un conjunto fetichizado de discursos; 2) denunciar cómo las funciones políticas e ideológicas de las concepciones normativistas del Derecho y del Estado se encuentran apoyadas en la ilusoria separación del Derecho y de la Política y en la utópica idea de la primacía de la ley como garantía de los individuos; 3) revisar las bases epistemológicas que guían la producción tradicional de la ciencia del Derecho, demostrando cómo las creencias teóricas de los juristas en torno de la problemática de la verdad y de la objetividad cumplen una función de legitimación epistémica, mediante la cual se pretenden desvirtuar los conflictos sociales, presentándolos como relaciones individuales armonizables por el Derecho; 4) superar los bizantinos debates que nos muestran el Derecho desde una perspectiva abstracta, forzándonos a verlo como un saber eminentemente técnico, destinado a la conciliación de intereses individuales, a la preservación y a la administración de intereses generales [...] De esta forma, la teoría crítica intenta reubicar el Derecho en el conjunto de las prácticas sociales que lo determinan [...]; 5) crear una consciencia participativa que permita a los diferentes juristas involucrarse con efectividad en los múltiples procesos de decisión como factores de intermediación de las demandas de la sociedad y no como agentes del Estado [...]; 6) modificar las prácticas tradicionales de la investigación jurídica a partir de una crítica epistemológica de las teorías dominantes, de sus contradicciones internas y de sus efectos

ideológicos con relación a los fenómenos que pretende organizar y explicar; 7) proporcionar, en las escuelas de Derecho, un instrumental pedagógico adecuado para que los estudiantes puedan adquirir un modo diferente de actuar, pensar y sentir a partir de una problemática discursiva que busque mostrar no sólo la vinculación del Derecho con las relaciones de poder, sino también el papel de las escuelas de Derecho como productoras de ideas y representaciones que luego se entrelazaron en la actividad social como un valor a priori, pleno de certezas y dogmatismo” (WARAT en WOLKMER, 2017, pp. 42-43),

Para Wolkmer, el pluralismo jurídico crítico emancipador es la modalidad más auténtica y genuina de juridicidad alternativa (WOLKMER, 2017, p. 190).

Es el Derecho paralelo, vivo y comunitario que emerge permanentemente de los intereses y necesidades de la sociedad. Es la creación y el reconocimiento de derechos fundamentales (derecho a la vida, a la libertad, a la sobrevivencia, etc.) engendrados en los conflictos y en las luchas de grupos sociales, pudiendo coexistir u oponerse a las leyes elaboradas por la actividad estatal. Se trata de otra legalidad que no se ajusta necesariamente al derecho convencional vigente, pudiendo ser visto como un “nuevo” derecho surgido en el espacio de manifestaciones sociales plurales o de comunidades autonómicas (WOLKMER, 2017, pp. 189-190).

Y como también constatábamos en *Filosofía Jurídica Latinoamericana en el siglo XXI* (2018, p. 71), es el nuevo derecho que “emerge de los intereses y necesidades de la sociedad” el que permite entender a los derechos humanos y derechos de la Naturaleza como las luchas históricas de los movimientos sociales. Es también ese derecho de la vida insurgente el que se convierte en instancia crítica para denunciar que la fundamentación, formulación y práctica de los derechos humanos en el paradigma burgués arrastran fuertes li-

mitaciones y no explican con coherencia qué son. Entre algunas de esas limitaciones: individualismo, abstracción, formalismo, estatismo y eurocentrismo (WOLKMER, 2017, p. 118). A. C. Wolkmer, consciente de estas limitaciones burguesas, explora otros caminos de la mano de autores como Dalmo de Abreu Dallari, que entienden los derechos humanos en relación a “las necesidades esenciales de la persona humana” que “deben ser atendidas igualmente para que todas puedan vivir con dignidad” (WOLKMER, 2017, p. 118). En esa búsqueda A. C. Wolkmer apuesta por un “universalismo de llegada” o, en expresión de J. Herrera Flores, “una racionalidad que no niega que es posible llegar a una síntesis universal de las diferentes opciones relativas a los derechos” (WOLKMER, 2017, p. 118). Desde la interculturalidad, se entiende a los derechos humanos y derechos de la Naturaleza como “resultantes de los procesos de luchas sociales colectivas, que buscan construir espacios para la realización de las necesidades básicas y para una *vida humana* con más dignidad” (WOLKMER, 2017, p. 118).

Ahora bien, la propuesta de A. C. Wolkmer de pluralismo jurídico emancipador, que compartimos y apreciamos con toda la riqueza de las fuentes interculturales latinoamericanas reclamadas, podría beneficiarse —a nuestro juicio— si se sigue profundizando en los siguientes ámbitos:

1º) la integración en un paradigma común de los aportes interdisciplinarios que toma el pluralismo jurídico crítico emancipador, y así evitar los riesgos del eclecticismo.

2º) la apertura interdisciplinar en la integración y fundamentación a ciencias como la Psicobiología, Psicología Social, Neurociencia cognitiva, Neurociencia afectiva de la cognición, etc.

3º) la superación del historicismo, desarticulación, dualismo e infinitud respecto al sistema integrado de las necesidades del *homo sapiens sapiens*. El autor es consciente de la importancia de las necesidades y la lucha por su satisfacción como motor de la historia, un hecho que considera clave en el horizonte del pluralismo jurídico

crítico emancipador. Sin embargo, a su juicio las necesidades son creaciones históricas (deliz historicista que confunde su expresión siempre histórica con el hecho de que las necesidades puedan cambiar según la voluntad de un *homo sapiens sapiens* que se levanta con la necesidad de oxígeno para vivir y decide en la noche que ya no necesita respirar oxígeno para dormir, salvo, claro, que opte por el sueño eterno). A. C. Wolkmer dice textualmente: “cabe considerar también los procesos de lucha por la constitución de las necesidades humanas y su justa satisfacción como criterio para pensar nuevas formas de legitimación en el ámbito de la normatividad y regulación social... Por ser inagotables e ilimitadas en el tiempo y en el espacio, las necesidades humanas están en permanente desarrollo y creación. El conjunto de necesidades humanas varía de una sociedad o cultura a otra, incluyendo un amplio y complejo proceso de socialización” (WOLKMER, 2017, p. 226). Aventuramos la tremenda riqueza que para el paradigma del pluralismo jurídico crítico emancipador trabajado por A. C. Wolkmer sería si se percata de la importancia de entender las necesidades como un sistema, un sistema integrado limitado, sin jerarquías y constante transcultural.

4º) la integración del sistema de *capacidades* transculturales, en la línea de lo expuesto arriba respecto al sistema de necesidades.

5º) la articulación del sistema de necesidades y el sistema de capacidades.

6º) la articulación del sistema de necesidades/capacidades con el sistema de valores y disvalores morales interculturales.

7º) la articulación del sistema de valores y disvalores interculturales con el sistema intercultural integrado de derechos humanos de los pueblos y derechos de la naturaleza.

8º) el dinamismo de la interacción entre la constante común del sistema de necesidades/capacidades con la diversidad histórica del sistema de satisfactor/realizadores.

Sobre este último ámbito es sobre el que trata el presente artículo. Ello se hace desde la tradición iusmaterialista marxis-

ta, compartida también por A.C.Wolkmer. Como dice E. Díaz, el marxismo no es un páramo o una fuente seca para el derecho, cabe: “... encontrar en la obra de Marx elementos suficientes —aunque, como ya se afirmó, no exento de ambigüedades— para construir dicha teoría, y, a partir de esta, como resultado no dogmático, una posterior teoría marxista del Derecho y del Estado” (DÍAZ, 1984, pp. 166; p. 170-172; WOLKMER, 2017, p. 132). Con toda humildad y asumiendo todas las limitaciones de quien se adentra en un mundo desconocido, lo que proponemos aquí lo hemos ido indagando entre otras obras en *Teoría Socialista del Derecho* (2011) y *Las fuerzas esenciales del florecimiento* (2021).

2. El sistema de satisfactores/realizadores históricos (la pluralidad intercultural)

El hecho de la pluralidad de expresiones interculturales de los pueblos parece incontestable. Es un hecho que se evidencia y verifica cada día. La interculturalidad gastronómica es uno de los ejemplos más claros entre muchos. El rodizio brasileño, el hornadito ecuatoriano, los tamales mexicanos, la tortilla de patatas española, etc., enriquecen la vida en su riqueza y variedad de gustos (fruitiva). Ahora bien, lo que nos interesa en este punto es llamar la atención sobre la mediación de estas expresiones interculturales. El rodizio presenta los diferentes tipos de carne preparados de un modo particular, asimismo ocurre con la preparación del hornadito de chanchito en Ecuador, los tamales en México o la tortilla de patatas con aceite de oliva y cebolla en España. Esta mediación tiene un nombre: *satisfactor*. El satisfactor es la mediación histórica culturalmente diversa que tiene poder para la satisfacción de necesidades para la producción de la vida, humana en este caso. Esta categoría *satisfactores* es importante como también lo es diferenciarla de la otra, como veremos, *necesidades*. Sin embargo, hay otro tipo de mediaciones históricas también interculturales, por ejemplo, los colores y la piedra de las cuevas de Altamira (Cantabria, España) para las pin-

turas rupestres de nuestros antepasados; el tren y los sistemas de salud pública universal en los países que lo tienen; las caricias de una madre a su hija en Palestina. Este tipo de mediaciones se caracterizan porque tienen poder para la realización de las capacidades del florecimiento de la vida. A esta categoría le llamamos *realizadores*. Los realizadores son mediaciones de las capacidades. También aquí es importante diferenciar y no confundir los *realizadores* (mediación) con las *capacidades*. Las cuatro categorías: necesidades, capacidades, satisfactores y realizadores tienen su especificidad. Los dos últimos son respectivamente las mediaciones históricas de las dos primeras. Los satisfactores se caracterizan por ser mediadores de la toma de energía del medio y los segundos por la donación de energía al medio, ambos en función de la vida, su reproducción y florecimiento.

La mediación histórica y cultural de los satisfactores (de necesidades) y realizadores (de capacidades) es una *obligación* para poder vivir, una obligación impuesta por nuestra naturaleza material energética, que no es autosuficiente y está urgida de comunicación con la energía del Universo, la madre Tierra, los demás seres vivos y seres humanos. La obligación de esta mediación es fundamental para nuestra existencia encarnada y una de las diferencias abisales del materialismo histórico marxista con el idealismo burgués. Esta obligación se suele presentar coloquialmente como una ‘necesidad’, vendría a ser una ‘necesidad’ de satisfactores y ‘necesidad’ de realizadores. Sin embargo una cosa son las necesidades germinales estructurales, como veremos en el apartado siguiente, y otra la ‘necesidad’ de las mediaciones de satisfactores históricos. Por ejemplo, la necesidad de comunicación es una necesidad germinal, estructural. Ha sido una constante de la especie en sus 300.000 años de existencia. Lo que se presenta como ‘necesidad’ de un teléfono es la necesidad en este caso de un satisfactor cultural histórico, un teléfono móvil o celular. Este tipo de satisfactor no ha existido siempre, ni es actualmente el único posible. Existe por ejemplo el

teléfono fijo, el correo electrónico, la carta, etc. Esta diferencia es de suma importancia. La burguesía del capital se ha convertido en una experta cínica en sus juegos de magia discursiva mezclando ante los pueblos necesidades y capacidades germinales o estructurales con ‘necesidades’ de satisfactores y realizadores. Les hacen creer que las primeras son como las segundas. En un abrir y cerrar de ojos la materialidad de la realidad, la sustantividad de la vida, se desvanece; solo queda la ilusión.

Tomando en cuenta algunas de las principales características, en línea con las aportadas por E. Fromm, M. Neef y J. Boltvinik, señalamos que los satisfactores y realizadores pueden clasificarse:

1ª En función del tipo de mediación: a) actividades; b) relaciones; c) instituciones; d) objetos (bienes y servicios).

2ª En función de su bivalencia para la vida o la muerte: a) biosatisfactores y biorrealizadores; b) violadores o destructores; c) pseudosatisfactores, pseudorrealizadores; d) inhibidores.

3ª En función de su potencial: a) generales; b) singulares; c) sinérgicos.

4ª En función de las posibilidades sociales y personales históricas concretas: a) insustituibles, b) intercambiables.

5ª En función de su disponibilidad y justicia social y personal, porque dependen de la riqueza y justicia histórica, de la riqueza y justicia de la sociedad contemporánea y de la riqueza y ética personal: a) abundantes o casi ‘infinitos’, b) finitos; c) escasos; d) accesibles; e) inaccesibles; f) asequibles; g) inasequibles; h) exclusivos; i) incluyentes; j) excluyentes.

6ª En función de la diversidad de expresión cultural: a) uniformes; b) diversos.

7ª En función del origen de los mismos: a) populares; b) corporativos.

8ª En función de su modo compartido o no de uso: a) individuales; b) sociales.

9ª En función del tipo de relación con los otros: a) competitivos; b) cooperativos.

Los satisfactores y realizadores (también los jurídicos) forman sistemas históricos diversos, variables, históricos, culturalmente intercambiables, y cuya disponibilidad depende de la riqueza social y el proyecto político colectivo. Estos sistemas pueden ser sinérgicos o destructivos. Aquí se encuentra la causa *necesaria* de la riqueza de la pluralidad, de la diversidad de la vida. El pluralismo jurídico realiza su gran aporte en este ámbito con estudios de campo muy interesantes, tarea que debe seguir haciéndose frente a toda tentación de uniformidad. Sin embargo, en algunas ocasiones, las propuestas multiculturales, interculturales y de pluralismo jurídico se quedan presas, como seducidas por esta belleza de la diversidad. A este deslumbre le denominamos *ceguera de la pluralidad*. Ante esto, conviene no olvidar que la diversidad cultural histórica de la Naturaleza de los pueblos es la riqueza fenotípica en que se manifiesta nuestra existencia. La pluralidad y diversidad histórica y cultural de los *satisfactores* y *realizadores* es posibilitada por otra causa, la constante transhistórica y transcultural de las necesidades y capacidades: el genotipo ‘cromosómico’ de la estructura constitutiva de la especie *homo sapiens sapiens*. Utilizamos aquí el término ‘genotipo’ como metáfora, de modo más extenso que su contenido estricto de estructura genómica, incluimos también toda la constante fisiológica, neurofisiológica, y psicofisiológica de la vida humana. La vida y la muerte de los pueblos con la Naturaleza es el dinamismo histórico dialéctico entre la unidad estructural del sistema de necesidades/capacidades materiales de la especie humana con la diversidad de los distintos modos de producción, circulación y apropiación de sus satisfactores históricos. El “genotipo”, su estructura, no varía mientras no cambie la especie. Un cambio de esa estructura ‘cromosómica’ significaría un cambio de especie y/o aniquilación de la misma, como pretende el capitalismo transhumanista. Ese genotipo estructurante y propio de la especie es el que desde

la prehistoria hasta hoy hace que los *homo sapiens sapiens* sigan siendo tales y no ángeles; que continúen buscando saciar su necesidad de hidratos de carbono, proteínas, cobijo, afecto, transporte, comunicación, autodeterminación, conocimiento, etc. En la prehistoria, con las uñas, a dentelladas, en cuevas, etc.; hoy, con cuchillo, tenedor y en restaurantes. Satisfactores y realizadores distintos para las mismas necesidades y capacidades.

3. El sistema de necesidades/capacidades transculturales (comunidad)

El pluralismo jurídico crítico emancipador de A. C. Wolkmer se ha interesado particularmente en los últimos años por lo común, por los bienes comunes, por el buen vivir (WOLKMER y WOLKMER, 2020). Pero ¿dónde buscar lo común, los comunes, los bienes comunes? Un camino puede ser el consenso de la comunidad discursiva, sin embargo, parece que A. C. Wolkmer apunta como hemos visto a una materialidad más radical, a la materialidad de las necesidades. Pues bien, por si le puede resultar de interés y utilidad, en este apartado se le propone a su paradigma una apertura. Los descubrimientos en ciencias como la biología, la antropología y otras parecen apoyar el postulado de que la praxis intercultural es posible por la articulación dialéctica entre la *constante* trans-cultural del sistema de necesidades y capacidades del *homo sapiens sapiens*, con la *diversidad* histórica de expresiones culturales en su satisfacción y florecimiento. Existe una deriva, que denominamos idealista, en la filosofía intercultural que parece no tomar en cuenta en su quehacer reflexivo los avances de ciencias como la biología, genética, psicobiología, antrobiología, sociobiología, neurociencia cognitiva, neurociencia afectiva de la cognición, neurociencia social, etc. A esta parte de la filosofía intercultural parece no interesarle el diálogo con tradiciones culturales científicas como la egipcia, de la que bebe, entre otros Demócrito. Demócrito, nacido en Adera

(Tracia), costa norte de Grecia (460-457 a.C), aprendió ciencia de las culturas científicas de Babilonia, Caldea, Egipto (donde vivió cinco años), Etiopía, India, Mesopotamia, Persia. A Demócrito se le atribuye la frase “todo cuanto existe es fruto del azar y la necesidad”. La deriva, que llamamos ‘idealista-discursiva’ de esa corriente de filosofía asume hacer filosofía intercultural desconociendo los aportes, por ejemplo, de Jaques Monod, premio Nobel de Medicina (1965), en obras como *El azar y la necesidad* (1970). Y es que la articulación entre las invarianzas estructurales y las perturbaciones azarosas en los organismos parecen explicar el dinamismo histórico evolutivo de las especies, también la humana. En el campo de la filosofía académica, filósofos como X. Zubiri ya por aquellos años defendían esa articulación. En su obra *Estructura Dinámica de la Realidad* (1968), X. Zubiri reclamaba a la filosofía tomar en cuenta los avances de la ciencia, porque no se puede hacer filosofía seria sin la ciencia, ni buena ciencia sin la filosofía. Se puede entender que en el siglo XIX, cuando las ciencias nuevas, arriba mencionadas, no existían y apenas la genética se iniciaba con Mendel, una parte de la filosofía tomara los derroteros idealistas e historicistas, pero hoy ya no. Dicho esto, lo que buena parte de estas ciencias constatan es precisamente el hecho de la dialéctica entre una estructura constante propia de la especie, en relación dinámica con sus expresiones culturales históricas. Esa constante la denominamos el *Sistema de Necesidades y Capacidades* (SNC). Lo que sigue es una presentación esquemática de ese sistema, resultado de un trabajo de investigación, que si el lector tiene interés en profundizar puede consultar en *Las fuerzas esenciales del florecimiento* (2021).

4. El SNC: concepto, características, estructura, dinamismo

4.1. Concepto

La vida de los pueblos es el dinamismo de un sistema estructurado de necesidades/capacidades ‘materiales’. Los seres vivos están

urgidos a tomar energía del medio (necesidades), combustionar o transformar esa energía en función de las urgencias del organismo, y a devolver energía al medio (capacidades). El SNC propio de la *especie homo sapiens sapiens* es el que aquí abordamos. Cada especie tiene el suyo y comparte algo de la estructura con el resto de especies.

A partir de los descubrimientos científicos, la estructura fundamental psicobiológica de la vida humana, en sentido amplio, se puede entender como la integración de un sistema:

1º De una *constante energética*, físico-química, neurobiológica, psicobiológica etc., estructurada tridimensionalmente, en interacción sistémica en cada uno de sus componentes entre sí y de estos con todo el sistema. Consiste en 23 pares de cromosomas compuestos por genes (genotipo). Los seres humanos compartimos el 99,8% del material genético. El 0,02% restante es el que permite la unicidad de cada persona. Por ello, la diversidad entre personas y pueblos, posibilitada por el genotipo, no es carácter genético, sino por la expresión fenotípica en el medio histórico de lo común.

2º En *comunicación con la energía del medio*, con el entorno o medioambiente, atemperándose al mismo mediante cambios orgánicos a través de la *extracción, transformación y donación* de energía para crear y mantener la estructura constitutiva propia y de las especies. Estructura con componentes físicos, químicos, biológicos, mecánicos, osmóticos, eléctricos, etc.;

3º Para un *dinamismo energético histórico autorreplicativo*, que determina la diferente duración temporal del individuo y la especie. La permanencia de la estructura material del sistema cromosómico y de memoria (genotipo y consciencia) en la autorreplicación permite la permanencia temporal del individuo y de la especie en la pluralidad histórica de expresiones fenotípicas.

4.2. Características

El SNC tiene una serie de características que le identifican, en parte compartidas por otras especies:

1º) El SNC de toda especie viva comparte la estructura de la acción vital: a) la función aprehensiva (cognitiva en los animales, ¿si no también de las plantas!); b) la función comunicativa; c) la función ejecutiva.

2º) El SNC tiene un modo propio en cada especie de desplegar su estructura (especificidad). En la especie humana, la energía del sistema se expresa en modo físico/químico, biológico, psicológico, sociológico, histórico, filosófico, moral, político, etc.

3º) El SNC del *homo sapiens sapiens* es una constante transhistórica de la especie.

4º) El SNC del *homo sapiens sapiens* es una constante transcultural de la especie.

5º) El SNC del *homo sapiens sapiens* es universal en la especie.

6º) El SNC del *homo sapiens sapiens* es objetivo y finito (no es un sistema de deseos,

reivindicaciones o demandas subjetivos infinitos).

7º) Las necesidades y capacidades del SNC del *homo sapiens sapiens* no son susceptibles de intercambio.

8º) Las necesidades y capacidades del SNC del *homo sapiens sapiens* se apoyan y complementan.

4.3. Estructura

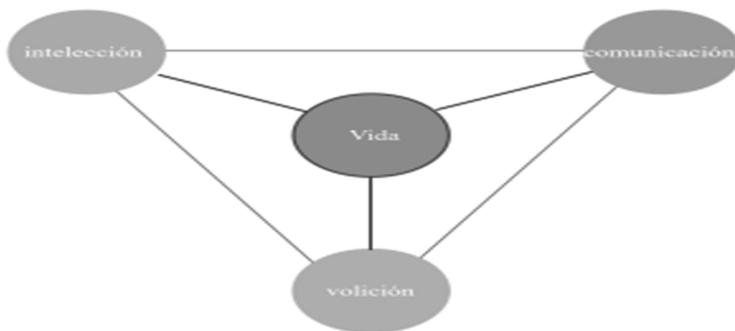
El SNC se articula sobre nueve necesidades/capacidades estructurantes de la especie *homo sapiens sapiens*. A este número llegamos del siguiente modo:

a) Las investigaciones recientes en neurociencia, compartidas por la observación y reflexión de parte de la tradición filosófica, identifica lo que llaman tres funciones (cien-

cia) o facultades (filosofía), que estructuran la praxis. Para las cuales nosotros utilizaremos la categoría de necesidades/capacidades de energía. Estas son:

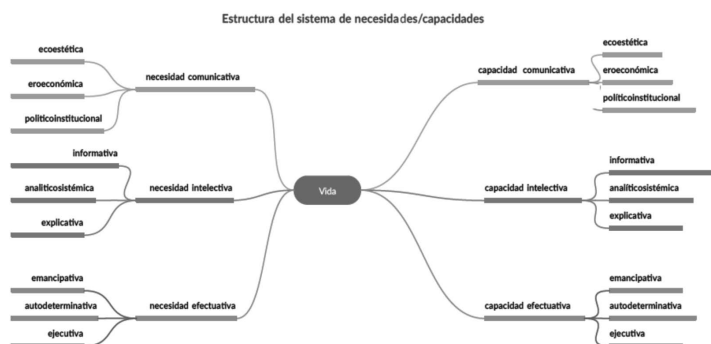
- Necesidad/capacidad cognitiva
 - Necesidad/capacidad afectiva
 - Necesidad/capacidad ejecutiva
- b) La estructura tridimensional energética del dinamismo de la vida que organiza a su vez tridimensionalmente a cada una de las tres necesidades/capacidades en sus respectivos tres momentos (necesidades/capacidades) de toma de energía, combustión de la misma y donación de ella al medio (ver abajo).

Tridimensionalidad estructural del SNC



Fuente: elaboración propia

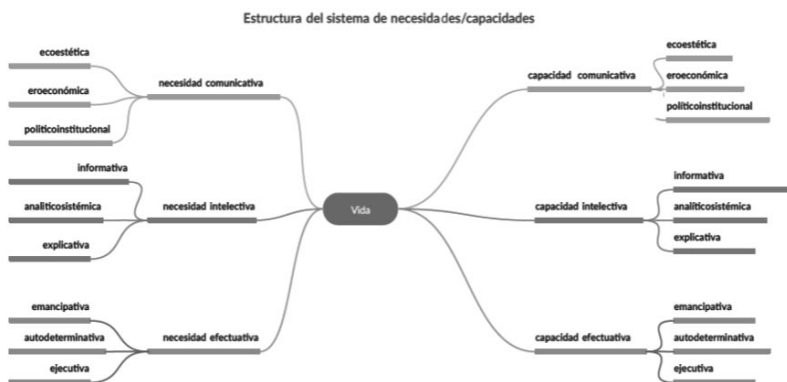
En la propuesta de despliegue de la estructura del SNC que presentamos a continuación lo menos importante es el nombre con el que denominamos el elemento de la estructura, sino el contenido de la misma.



Fuente: elaboración propia

Resulta curioso que si giramos la imagen de la estructura del SNC encontramos algo parecido a la estructura del árbol de la vida, de la naturaleza del *homo sapiens sapiens*. Las necesidades vendrían a ser las raíces, el tronco, el cauce que permite el flujo de la energía (la savia), y las capacidades se asemejarían a las ramas, las hojas y el florecimiento del fruto.

El árbol de la vida humana (de la naturaleza humana)



Fuente: elaboración propia

Estructura del sistema de necesidades/capacidades materiales de la especie *homo sapiens sapiens*¹²

1º *Necesidades/capacidades afectivas (comunicativas).*

- 1. Necesidad/capacidad eco-estética
- 2. Necesidad/capacidad ero-económica
- 3. Necesidad/capacidad político-institucional

2º *Necesidades/capacidades cognitivas.*

- 4. Necesidad/capacidad de aprehensión de realidad, de los hechos (información)
- 5. Necesidad/capacidad de análisis sistémico de los hechos
- 6. Necesidad/capacidad de explicación de los hechos (conocimiento)

3º *Necesidades/capacidades efectivas (volitivas).*

- 7. Necesidad/capacidad de liberación de energía
- 8. Necesidad/capacidad autodeterminación
- 9. Necesidad/capacidad ejecución histórica

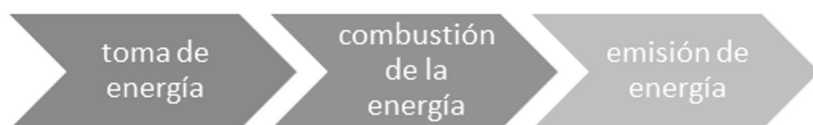
Teniendo en cuenta este sistema de necesidades/capacidades materiales (energéticas), aquí se postula que la vida de los pueblos es la dialéctica histórica, originaria y radical, de cada una de las necesidades/capacidades entre sí, y de cada una de ellas con la totalidad del sistema, en un dinamismo estructural de producción, circulación y apropiación de satisfactores históricos propios de cada cultura. Esta es la fuente de la diversidad cultural en la unidad estructural de la vida.

¹² I. Ellacuría hace un elenco de lo que llamamos capacidades, interpretándolas como fuerzas históricas: (1ª) Fuerzas estrictamente naturales; (2ª) Fuerzas biológicas; (3ª) Fuerzas psíquicas; (4ª) Fuerzas socio-económicas; (5ª) Fuerzas culturales e ideológicas; (6ª) Fuerzas políticas; (7ª) Fuerzas personales. ELLACURÍA, I., *Filosofía de la realidad histórica*. Madrid: Trotta, 1991. pp. 450-457.

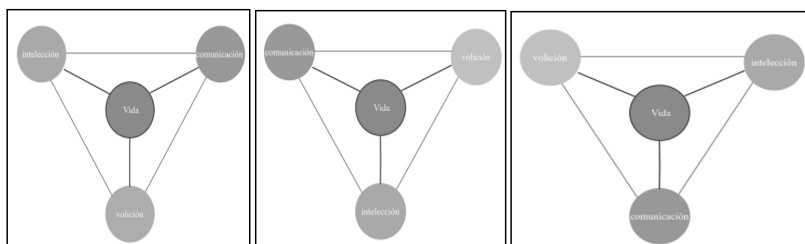
4.4. *Dinamismo histórico*

Si indagamos en el dinamismo energético de la materia viva, observamos que cuenta con una estructuración trimembre: 1) toma o captación de energía del medio por cada organismo según su modalidad; 2) afectación o combustión de la energía tomada del medio con y en la estructura propia de cada organismo; 3) emisión o donación de energía al medio según su modalidad.

Estructura del dinamismo energético de la materia viva



Dinamismo del sistema estructural de necesidades y capacidades de la vida



Fuente: Elaboración propia. Si consideramos a modo ilustrativo la ubicación en la base para la necesidad/capacidad más urgente (dado que todas son igualmente básicas o mejor dicho “estructurantes”), podemos observar que dependiendo de la situación histórica concreta personal y/o colectiva de urgencia para la vida, una o unas necesidades/capacidades toman esa posición de base (de urgencia coyuntural) frente a las otras.

Así, como hemos indicado, tomando en cuenta los tres momentos del dinamismo en su articulación con las tres necesidades/capacidades que estructuran la vida *del homo sapiens sapiens*, el resultado es su desagregación en nueve necesidades/capacidades estructurantes. Estas nueve, a su vez, pueden desagregarse y concre-

tarse, y de hecho lo hacen, en otras más, pero de un modo finito y objetivo. Este postulado, que no pretende ser verdad dogmática, queda abierto a verificación o refutación científica y filosófica, así como a su progresivo desarrollo.

Lo que genera el movimiento histórico (también cultural) concreto del dinamismo de la vida es la urgencia de energía para la satisfacción y la fuerza energética de la capacidad de florecimiento:

1º) Cada una de las necesidades y capacidades tiene un umbral bajo el cual su urgencia de satisfacción y realización respectiva se hace urgencia preferente sobre el resto de las necesidades y capacidades (ley de la urgencia respectiva preferente de satisfacción y realización). Las NC forman un sistema integrado sin jerarquía fija, pero sí con preponderancias coyunturales dependiendo de la circunstancia histórica concreta.

2º) La insatisfacción de las necesidades y el marchitamiento de las capacidades tiene un umbral que desencadena la fuerza para su satisfacción y florecimiento. Si lo consigue se revierte dicha insatisfacción o marchitamiento, de lo contrario nos encontramos con un daño personal y/o colectivo, e incluso la muerte (ley de la reversión o el daño de la insatisfacción y marchitamiento).

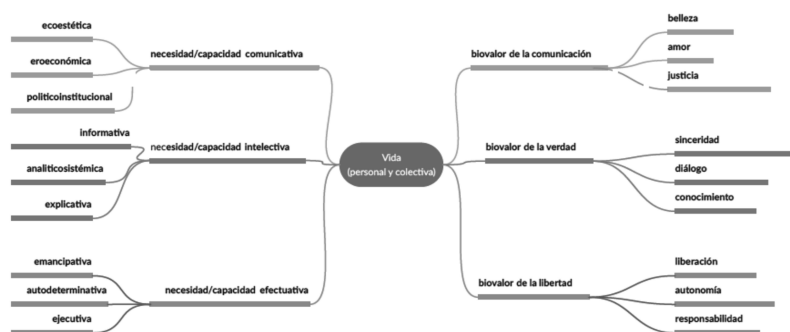
3º) El dinamismo energético de todas las necesidades/capacidades tiene una dimensión inconsciente, y puede tenerla consciente.

5. El sistema de valores y disvalores

Llegados a este punto, ahora se entiende que los denominados valores morales tengan otro origen y contenido que principios abstractos que nadie sabe de dónde han salido o qué debemos creer y asumir por tradición o creencia religiosa. Los llamados valores morales son la expresión o lectura ética o moral de la valencia que cada una de las acciones tiene respecto a la satisfacción/florecimiento o no del SNC. Este contenido material biológico de la ética o la moral es el fundamento de la misma, fundamento transcultu-

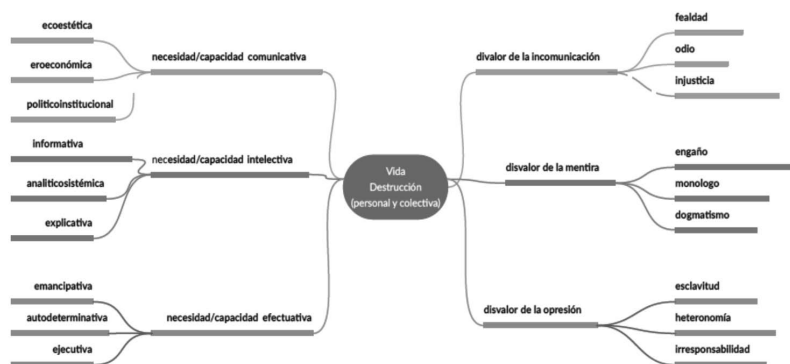
ral y constante de la especie. Un fundamento que es anterior a toda religión e instancia crítica de los códigos morales creados culturalmente. La praxis ética en la vida de los seres humanos es de capital importancia. Es la brújula de las acciones; el chip o programa de conducción de la vida. Si está bien orientada le llevará a la vida y su florecimiento intercultural, caso contrario a la muerte. Los esquemas que siguen pretenden mostrar dicha articulación entre el SNC con los valores, en su doble valencia de biovalores y disvalores, así como la tensión entre biovalores y disvalores.

Estructura del sistema de necesidades/capacidades
estructura del sistema de biovalores



Fuente: elaboración propia

Estructura del sistema de necesidades/capacidades
estructura del sistema de disvalores



Fuente: elaboración propia



Fuente: elaboración propia

6. El sistema de derechos humanos de los pueblos y derechos de la Naturaleza

La energía del SNC tiene, además de ética o moral, una expresión jurídica fundamental para la interculturalidad. Para entender esta afirmación y su alcance es necesario precisar lo que sea el Derecho. Por tal entendemos una praxis que tiene un poder real de satisfacer y florecer el sistema de necesidades/capacidades personal y colectivo, que la comunidad ha acotado como bienes merecedores de especial protección para la producción y reproducción de la vida, y que cuenta con el apoyo de la fuerza tutelar comunitaria. El Derecho es por tanto una praxis autonormativa, legitimada, y físicamente coactiva, parte de la praxis moral-política. No se asume aquí, por considerarlo como falso, el postulado del escepticismo moral propio del idealismo y positivismo jurídico de la burguesía capitalista², así como tampoco el de cierto voluntarismo marxista supraestructural. Por el contrario, denunciamos la fenomenal expro-

2 Un concepto de Derecho, común en la Sociología, lo define como: “el discurso prescriptivo autorizado, que organiza y por ello legitima la violencia, y que es reconocido como tal, CORREAS, O., 2003. p. 13. También es frecuente definir el Derecho como un conjunto de normas que regula la vida de un grupo organizado, cfr. BOBBIO, N., 2009.

piación que la burguesía ha llevado a cabo quitándole la moral al derecho de los pueblos y la Naturaleza. Dicha expropiación tenía y tiene una intención oculta más radical: a) la expropiación cultural a los pueblos de su fuente de legitimación originaria (la satisfacción y el florecimiento integrado del sistema de necesidades/capacidades) capaz de deslegitimar el voluntarismo de quien manda; b) la imposición cultural etnocéntrica del positivismo jurídico, su ideología jurídica de clase. Así, para esa prédica el Derecho queda reducido a "... un cuerpo de procedimientos regularizados y patrones normativos, considerados justificables en un grupo social dado, que contribuyen a la creación, prevención y resolución de litigios, a través de un discurso argumentativo articulado bajo la amenaza de la fuerza" (SANTOS, 2003, p. 331).

Pues bien, en este horizonte o paradigma jurídico no capitalista, que hemos denominado iusmaterialista, el corazón, la médula del derecho, es el *Sistema de Derechos Humanos de los Pueblos y Derechos de la Naturaleza* (SDHPDN). Este sistema se convierte en un satisfactor jurídico intercultural del SNC. En las necesidades y capacidades, en su satisfacción y florecimiento, tiene la fuente de su legitimidad, su contenido y brújula.

El que buena parte de los textos constitucionales aparezcan como algo medio anárquico y desarticulado en sus derechos se debe a los límites de las investigaciones del método científico aplicado a la organización política jurídica de la vida social; a los límites de los paradigmas jurídicos hegemónicos durante el constitucionalismo: el iusnaturalismo, el iusocio-contractualismo y el iusvoluntarismo. Y al hecho de que casi la totalidad de las constituciones del planeta son expresión de la lucha de clases, y de la hegemonía del sistema capitalista. El resultado lo tenemos a la vista, una multitud de constituciones que lo mismo dan cabida a derechos que a contraderechos, carentes de criterio material organizativo de los derechos con la consecuente desarticulación interna, que fetichizan la

letra escrita como Derecho, y que amputan buena parte de la vida jurídica de los pueblos.

La estructura constitucional de los derechos de los pueblos y la Naturaleza, y de la misma *constitución* de Naciones Unidas, no puede ser arbitraria. Ha de corresponderse con la estructura del sistema de necesidades/capacidades materiales de vida de los pueblos. Una propuesta de codificación de la ‘Constitución de Naciones Unidas’ articulando los Derechos Humanos en función del sistema de necesidades/capacidades, la hemos ofrecido, en colaboración con el profesor Alejandro Rosillo Martínez, en el *Código de los Derechos Humanos de los Pueblos* (ROSILLO Y SALAMANCA, UASLP, 2007). En función del sistema de necesidades/capacidades, y de los DHH, la estructura constitucional de los mismos sería la siguiente:

Estructura del Sistema de Derechos Humanos de los Pueblos y derechos de la Naturaleza

<i>Derechos Humanos y de Naturaleza de comunicación</i>	<i>Derechos Humanos y de Naturaleza de verdad</i>	<i>Derechos Humanos y de Naturaleza de libertad</i>
<i>Derechos ecoestéticos</i>	<i>Derechos de Información</i>	<i>Derechos de Liberación</i>
<i>Derechos eroeconómicos</i>	<i>Derechos de Opinión Crítica</i>	<i>Derechos Autodeterminación</i>
<i>Derechos político-insitucional</i>	<i>Derechos de Conocimiento</i>	<i>Derechos Ejecución histórica</i>

Fuente: elaboración propia

7. Conclusión

El pluralismo jurídico crítico emancipador trabajado por A. C. Wolkmer puede enriquecerse en su fundamentación y articulación coherente con los aportes interdisciplinarios también de ciencias como la psicobiología, psicología social, sociobiología, neurociencia

cia cognitiva, neurociencia afectiva de la cognición, etc.. Desde el paradigma iusmaterialista de tradición marxista le sugerimos explorar dos grandes categorías: a) el sistema de necesidades/capacidades transculturales; b) en su articulación dialéctica con el sistema histórico de satisfactores y realizadores interculturales. La *acción vital (praxis) de los pueblos, también la jurídica, consiste en el dinamismo energético estructural histórico, originario y radical, de satisfacción y florecimiento del sistema de necesidades/capacidades respectivamente para su reproducción mediante la producción, circulación y apropiación cultural diversa de satisfactores y realizadores*. La riqueza histórica cultural de la naturaleza de los pueblos es la dialéctica o interacción de la diversidad ‘fenotípica’ con la constante ‘genotípica’ de la estructura constitutiva de la especie *homo sapiens sapiens*. La estructura no varía mientras no cambie la especie. Ese genotipo estructurante y propio de la especie es el que desde la prehistoria hasta hoy hace posible que los *homo sapiens sapiens* sigan siendo tales y no ángeles; que continúen buscando saciar su necesidad de hidratos de carbono, proteínas, cobijo, afecto, transporte, comunicación, autodeterminación, conocimiento, etc., en modo de realidad. En la prehistoria, con las uñas, a dentelladas, en cuevas, etc.; hoy, con cuchillo, tenedor y en restaurantes. Satisfactores y realizadores históricos y culturales distintos para necesidades y capacidades comunes. Es el dinamismo histórico de la comunidad de la vida en la pluralidad de su florecimiento.

Bibliografía

- BOBBIO, N., *Teoría General de la Política*. Madrid: Trotta, 2009.
- CORREAS, O., *Pluralismo Jurídico. Alternatividad y Derecho Indígena (Ensayos)*, México: Fontamara, 2003.
- FORNET-BETANCOURT, R. *Transformación del marxismo en América Latina*. México: UANL, 2001.
- FORNET-BETANCOURT, R. *Transformación intercultural de la filosofía: ejercicios teóricos y prácticos de filosofía intercultural, desde Latinoamérica en el contexto de la globalización* Bilbao: Desclee de Brouwer, 2001.
- HARRIS, M. *El materialismo cultural*. Madrid: Alianza, 1994.

- MONOD, J. *El azar y la necesidad: ensayo sobre la filosofía natural de la biología moderna*. 1975.
- PROTO F. e ISSA A. (Coords.). *Introducción a la Filosofía Intercultural de la Liberación*. Buenos Aires: Arkho Ediciones, 2021.
- RIVAYA GARCÍA, B. *El materialismo jurídico: la presunta teoría del derecho de Marvin Harris*. Madrid: Dykinson, 2007.
- ROSILLO MARTÍNEZ, A.; SALAMANCA SERRANO, A. *Código de los derechos humanos de los pueblos*, 2 vols. México: UASLP, 2007.
- SALAMANCA SERRANO, A. *Las fuerzas esenciales del florecimiento vs Guerra contra la naturaleza humana. Capitalismo transhumanista vs revolución de los humanish*. En prensa, 2021.
- SALAMANCA SERRANO, A. *Teoría socialista del derecho*. 2 vols. Quito: Ed. Jurídica del Ecuador, 2011.
- SALAMANCA SERRANO, A. *Fundamento de los derechos humanos*. Madrid: Nueva Utopía, 2003.
- SLATER, P. *Origem e significado da Escola de Frankfurt*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.
- TOBÓN, G. *El carácter ideológico de la filosofía del derecho*. Medellín: Señal Editorial, 1998.
- VIVAR FLORES, A.; WILLAMES F. (Orgs.). *Problemas do pensamento filosófico na América Latina*. Goiânia: GO: Editora Phillos, 2018.
- WOLKMER, A. C. *Teoría crítica del derecho desde América Latina*. México: Akal, 2017.
- WOLKMER, A. C. *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Bogotá: ILSA, 2003.
- WOLKMER, A. C y WOLKMER S. M. F. *Horizontes Contemporâneos do Direito na América Latina. Pluralismo, Buen Vivir, Bens Comuns e Princípio do "Comum"*. Brasil: UNESC, 2020.
- ZUBIRI, X. *Estructura dinámica de la realidad*. Madrid: Alianza Editorial, 1995.

Antonio Carlos Wolkmer: Uma trajetória que faz história

Ivone Fernandes Morcilo Lixa, Débora Ferrazzo,
Lucas Machado Fagundes

1. Uma História na História

Rever a trajetória de Antonio Carlos Wolkmer é compreender as razões que o tornam alguém digno de ser homenageado: a opção de vida. Repensar o mundo desde o Direito para além do elitismo acadêmico sendo a “voz” dos ausentes, dos subalternos foi sua escolha que o tornou um dos grandes intelectuais da atualidade. Em todas suas obras, que somam mais de trinta livros publicados e traduzidos para o espanhol além de centenas de artigos, deixa claro seu compromisso: libertar o presente desmistificando falácias com firme e irrenunciável esperança em um futuro mais generoso e humanizador. Aí está a razão que torna alguém diferente: a capacidade não apenas de perceber o que deve ser mudado, mas como e por quê mudar. Apontar caminhos desafiando as “verdades postas”, expressão recorrente em seus trabalhos, foi a escolha do mestre de centenas de juristas que mudaram de direção desde seus ensinamentos e que desde suas lições fizeram a diferença e que hoje muito nos honra representá-los. Antonio Carlos Wolkmer, nos tornou melhor, nos ensinou a sermos humildades e fraternos.

É conhecendo um pouco sua trajetória de vida que se pode compreender as escolhas feitas por Wolkmer. Sua história se inicia como milhões de brasileiros humildes que desde cedo conheceu o lado duro e pouco generoso da vida. Órfão de pai aos três anos e de mãe aos dezessete, no sul do Brasil, na cidade de São Leopoldo, iniciou seus estudos, com as Irmãs Franciscanas no Colégio Santa

Terezinha e depois graças a uma bolsa cursou o tradicional Colégio São Luís dos Irmãos Maristas da Ordem de Champagnat.

Seguramente sua primeira formação o fez pensar em um cristianismo que acredita que educar é amar e libertar. Um pesado fardo a ser assumido no Brasil de fins dos anos 60. Eram tempos de sombras para reinterpretar os ensinamentos cristãos desde as injustiças sociais, políticas e econômicas. Aquele era um momento que ganhava espaço a Teologia da Libertação. Teólogos como Gustavo Gutierrez e Leonardo Boff, dentre outros que mais tarde seriam as fontes do pensamento de Wolkmer, enfrentando e burlando a repressão de Estado, superavam a tradicional dualidade de Santo Agostinho sobre o mundo terreno/mundo espiritual colocando uma nova dualidade: mundo proletariado/mundo burguês o que tornava o compromisso com a pobreza e a exclusão a causa cristã. Leonardo Boff no início dos anos 70 publicava “Jesus Cristo Libertador” e as razões que teriam levado Jesus à morte na cruz e não numa confortável cama cercado por seus discípulos: sua mensagem e sua prática.

A Teologia da Libertação mostrava que os que desafiavam os donos do poder pagam um alto preço e Wolkmer compreendeu muito bem o tempo em que vivia e a tarefa que teria pela frente. Seguiu optando por estudar humanidades e cursar o ensino médio voltado para o Curso Clássico que privilegiava disciplinas como latim, história, filosofia, literatura, sociologia, etc. Eram os anos 70 quando a formação e informação ou era forjada ou controlada para silenciar os que ousavam desafiar a “ordem” posta por um regime ditatorial. Afinal, imperava a aliança do Estado militar com o capital transnacional imperialista norte americano.

À época no Brasil se abriam canteiros de obras para “integrar” um país que se endividava e era dominado pela corrupção e clientelismo. Era “reformada” a educação no sentido de substituir “inutilidades” humanistas por “formação profissional”. Aos filhos de trabalhadores e aos empobrecidos como não era permitido o

engajamento a movimentos políticos e tampouco desejar democracia e liberdade, também seria “inútil” uma formação social e política.

E assim, ia se forjando uma geração inteira de necessitaria anos depois de elementos para refletir e compreender sua própria história e encontraria um enorme vazio, ou pior, alienada. Os “anos de chumbo” legou heranças terríveis. Não apenas a repugnante tortura física, mas a ausência de horizonte de futuro pela falta de capacidade de pensar o presente. Alguns dos 70 e 80 que optaram pela luta não sobreviveram enquanto outros preferiram se calar ou serem coniventes.

Mas dentre os que haviam adquirido a mania de sobreviver estava Antonio Carlos Wolkmer. Indo além da alienação institucionalizada, do individualismo e do nacionalismo doentio Wolkmer ingressa no Curso de Direito na Universidade do Rio dos Sinos – Unisinos – em 1973 com o firme propósito de aprofundar e consolidar sua formação humanista. Era um jovem que sonhava com a carreira diplomática e estudava com afinco francês e inglês. Não desejava advocacia, nem magistratura ou Ministério Público e muito menos o magistério. Mas, no quarto ano da Faculdade de Direito recebe o convite para lecionar nos Cursos de Magistério e Ciências Contábeis do Colégio La Salle.

Ao que parece, de forma surpreendente, as Moiras não subordinadas a nenhuma lei, iam lhe tecendo um destino: ser professor. Em 23 de dezembro de 1977 cola grau em Direito e já no ano seguinte recebe o convite para assumir as disciplinas de “Introdução à Ciência do Direito”, “Filosofia do Direito” e “Teoria Geral do Estado”, começando aí sua carreira no Ensino Superior como professor universitário e pesquisador, abandonando, de vez, a idealização da carreira diplomática e assumindo o pesado fardo de ser um professor e pensador aliado aos que assumem um lado da história: o lado dos injustiçados, dos empobrecidos, da democracia e da justiça social.

Em fins dos anos 70 o cenário do país ia se modificando e a história seguia sua marcha. Anos depois Wolkmer escrevia sobre essa etapa quando retoma a trajetória do criticismo na cultura jurídica afirmando que naquele momento vai se definindo um movimento de origem europeia inspirado no neomarxismo e na contracultura que começa a questionar o pensamento jurídico dominante (WOLKMER, 2015, p. 44). E assim, como ele mesmo afirma (WOLKMER, 2015, p. 44), nos anos 70, no campo do Direito se projetavam investigações que desmitificavam a legalidade dogmática tradicional, movimento que chega na América Latina e no Brasil nos anos 80.

É neste contexto histórico e político que Wolkmer consolida sua carreira como professor e pesquisador na UNISINOS – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – onde permaneceu por cerca de 15 anos. Durante este período, fez uma Pós-Graduação Lato Sensu em Metodologia do Ensino Superior e, entre 1979 e 1983, realizou seu Mestrado em Ciência Política, na UFRGS. A temática da dissertação foi o “Constitucionalismo e os Direitos Sociais no Brasil”, convertida em um de seus primeiros livros publicados no país, em 1989. Entre 1984 e 1987, também foi professor de Hermenêutica Jurídica na Escola Superior do Ministério Público (Porto Alegre) e coordenou, ao longo de sete anos (1984 a 1991), uma Pós-Graduação em Direito Político, na própria UNISINOS.

Mais uma vez Wolkmer se dava conta que naquele momento era necessário repensar o constitucionalismo e os direitos sociais. Não havia partidos políticos e sim movimentos populares progressistas como expressões de lutas sociais e de contradições da sociedade capitalista. Ganhava força no Brasil sujeitos que se organizavam em torno de reivindicações por melhorias e expansão de direitos sociais, políticos e trabalhistas. A luta por igualdade étnico-racial, de gênero, por democracia, por educação, dentre outras, eram bandeiras que se erguiam aumentando as influências reformistas

nas lutas de classe e ampliando as visões marxistas- leninistas, até então dogmáticas.

Ocorriam modificações no sistema capitalista através de formas de acumulação mais flexíveis colocando em cheque o padrão fordista-keynesiano se intensificando novas maneiras de ser do capitalismo internacional que passa incorporar novas tecnologias aumentando o desemprego estrutural nas grandes cidades. Eram tempos de desafios para a classe trabalhadora e o movimento sindical brasileiro. Se inicialmente os movimentos populares brasileiros não tinham a pretensão de lutar por transformações estruturais da sociedade (LOWY, 2008, p. 33), em um país que expressava um projeto antidemocrático e antipopular avançam e se redefine a atuação dos movimentos.

Se percebia que as lutas por moradia, trabalho e educação não poderia ser dar dentro dos moldes políticos de então à exemplo das articulações políticas da então Via Campesina, movimento internacional organizado em 93 que incluía movimentos e organizações mundiais na luta por agricultura sustentável, justiça social e dignidade para todos. Assim, ganha força a pressão popular pela reforma de Estado e, finalmente, se convoca a constituinte em 84 para instituir o Estado Democrático de Direito, deixando para trás o período das sombras. Apesar as contradições, desafios e obstáculos os movimentos populares avançam e até os dias de hoje muitos se mantêm organizados, como o MST – Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra -, MTST – Movimento dos Trabalhadores sem Teto -, MAB – Movimento dos Atingidos por Barragens -, dentre tantos.

Fins da década de 80 e início da de 90 era de renovação de projetos políticos e de rompimentos teóricos. No campo do Direito era preciso superar de vez com práticas hegemônicas alinhadas ao poder e ao capital financeiro. Denunciar a criminalização dos movimentos sociais. Tornar efetiva a democracia. Tarefas urgentes

se colocam diante de juristas comprometidos com a construção de um novo projeto social.

Neste novo cenário Wolkmer completava seu Doutorado em Filosofia do Direito e da Política, realizado entre os anos de 1989 e 1992, no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC. O título de sua tese foi: “Pluralismo Jurídico – o Espaço de Práticas Sociais Participativas”, sendo seu orientador o então coordenador do PPGD: o insigne Prof. Dr. Cesar L. Pasold.

Sua tese não era mero exercício intelectual. Naqueles anos a UFSC era um centro de intelectuais críticos e foi mais uma vez dando voz aos emudecidos que Wolkmer elabora sua importante tese reconhecendo nos movimentos populares fonte legítima de produção de direito. E com a tese do Pluralismo Jurídico comunitário participativo se consolida e se reconhece a importância do trabalho de Wolkmer para o Brasil e toda América Latina.

Através de Concurso Público para Professor Assistente, alcançando o 1º lugar, ingressou no Departamento de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da UFSC, em fevereiro de 1991. Passaram-se quase três décadas, dedicadas totalmente ao ensino (graduação e pós-graduação), pesquisa e extensão, presidindo e participando de dezenas de bancas de pós-graduação, comissões e concursos acadêmicos, bem como cargos administrativos – como a breve passagem pela vice direção do Centro de Ciências Jurídicas (fins de 2004 e início de 2005) e a sub coordenação do PPGD/UFSC, em duas gestões (Prof.^a Dr.^a Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira e Prof. Dr. Orides Mezzaroba), de 2002 a 2006. Em abril de 2007, assumiu as funções de Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UFSC, permanecendo no cargo até maio de 2011. Eram tempos em que a Universidade Federal de Santa Catarina consolidava um Programa de Mestrado de excelência e celeiro de juristas críticos.

Até que em 2015, aposentou-se como Professor Titular de História das Instituições Jurídicas (cursos de graduação e pós-gra-

duação em Direito) na Universidade Federal de Santa Catarina e em março do mesmo ano, ingressou no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado Direito e Sociedade) da Universidade La Salle, Canoas - RS. Igualmente, em 2016, ingressou na Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC) em Criciúma - SC, onde coordenou a implantação do Mestrado em Direitos Humanos e Sociedade, exercendo desde então, a função de Coordenador desse Programa de Pós-Graduação, sendo em 2020 lhe concedido o título de Professor Emérito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Antonio Carlos Wolkmer lutou e luta pela liberdade criando sólidas raízes e dando asas aos que desejam voar. Nunca abandonou o magistério superior e nunca renunciou os sólidos princípios legados por um tal Nazareno que andou por esse mundo a mais de 2000 anos e que por seus ensinamentos foi morto. Há um Outro empobrecido e violentado que necessita de práticas de reconhecimento, práticas que definem a trajetória de Wolkmer e a grande relevância de seu trabalho nos distintos níveis políticos e acadêmicos da extensão (organização e participação em eventos nacionais e internacionais) e da pesquisa.

Introduzir o pensamento de Antonio Carlos Wolkmer deve iniciar por conhecer seu projeto pessoal e intelectual. Atualmente no Brasil quando se vive tempos de fascismos sociais e necropolítica institucionalizada é necessário um ponto de partida. Compreender, desde a crítica descolonizadora, que a insurgência e a renovação não passam somente pelo Estado, mas pela identificação das resistências aos perversos interesses dos privilegiados é uma possibilidade de superação do atual estágio antidemocrático e violador de direitos. De fato, como ensina Wolkmer, para que o pensamento crítico se sobreponha ao saber dominante e deixe de ser mera reflexão marginalizada facilmente neutralizada pelas instâncias dogmatizadas, é preciso transcender a retórica discursivas e modificar o real. Há que se desmitificar. Há que se proclamar a emergência de

outro Direito no contexto da América Latina e nos marcos do Pluralismo Jurídico, participativo e democrático tornando prioritário a construção de um projeto ético, popular e libertador.

2. Revisitando o Pluralismo Jurídico na obra de Antonio Carlos Wolkmer – 1992-2022.

No dia 10 de abril de 1992, o Professor Antonio Carlos Wolkmer defendia na Universidade Federal de Santa Catarina, cidade de Florianópolis, Santa Catarina, sua tese de Doutorado em Direito. O título “Pluralismo Jurídico: o espaço de práticas sociais participativas” já indicava o tipo de pluralismo do qual se ocuparia o pensamento e obra do Professor e o âmbito teórico em que tal pensamento se situaria: na crítica propositiva diante dos limites e da própria crise do monismo jurídico estatal, manifesta tanto na legislação positiva quanto na estrutura judiciária. Tal crise, considerando a condição periférica de países como o Brasil em relação aos países de capitalismo desenvolvido, cobrava urgência na busca por novos padrões de normatividade e como resposta, sua tese formulou a defesa de

[...] um certo tipo de pluralismo jurídico apto a reconhecer e legitimar novas normatividades extra e intra-estatais (institucionalizadas ou não), engendradas por carências e necessidades próprias das contingências dos movimentos sociais recentes, e de apreender as especificidades das representações formadas juridicamente no Brasil – Estado do Capitalismo periférico –, marcado por estruturas de “homogeneidades precárias” e composto por espaços de conflitos intermitentes (WOLKMER, 1992, p. x)

Não se tratava de falar do pluralismo corporativista medieval ou do pluralismo pretendido pelas elites no capitalismo liberal como instrumento para dominação das sociedades periféricas, um “pluralismo selvagem”, alertava Wolkmer, para o qual, preva-

leciam interesses econômicos subjugando “necessidades prioritárias da vida comunitária” e as contradições desse modelo davam “margem a que, o que é segurança para poucos, seja violência para muitos”. Então, sua pesquisa já valorizada as “condições históricas” a partir das quais se assentam as práticas cotidianas e dessa forma, já elegia nos anos 1990 os movimentos sociais como representativos de “novos sujeitos coletivos”, cujas necessidades e carências impulsionavam o processo de reconhecimento e legitimação das manifestações jurídicas informais ou não estatais. Dessa observação, surgiu sua célebre definição de “pluralismo jurídico”: “[...] **a multiplicidade de expressões ou práticas normativas num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais.**” (WOLKMER, 1992, p. 3. Sem grifo no original).

A esse tipo de pluralismo, Wolkmer já confiava, há trinta anos, a importante tarefa responder à crise de ineficácia da legalidade monista – agravada em contextos periféricos, como o brasileiro ou latino-americano e, mais que isso, romper com esse modelo, para dar lugar a um paradigma societário, ou comunitário de produção normativa. Para tanto, o pluralismo jurídico deveria integrar uma **dimensão política**, que consiste na descentralização de poderes, aproximando os processos decisórios das comunidades, viabilizando sua participação e uma **dimensão jurídica**, caracterizada pela produção normativa em espaços não estatais. Especificando como deveria se constituir esse pluralismo comprometido com a emancipação dos indivíduos e coletividades, Wolkmer caracterizou o pluralismo jurídico comunitário-participativo pela identificação de “condições básicas” que se sistematizam em fundamentos de efetividade material (que abrange os conteúdos, os elementos constitutivos do pluralismo jurídico comunitário-participativo)

e em fundamentos de efetividade formal (como se ordena, elementos prático-procedimentais desse tipo de pluralismo)¹:

2.1. Fundamentos de efetividade formal

Novos sujeitos coletivos: entre os quais são priorizados – mas não exclusivos – os movimentos sociais. Esses sujeitos são historicamente importantes porque se opõem aos sujeitos individuais e abstratos, os “sujeitos privados”, sujeitos modernos que alienam a condição humana em condições de exclusão e opressão. Diante desses, os sujeitos coletivos são livres e capazes de se autodeterminar, criando a própria história e até mesmo interferindo no processo histórico-mundial que engendra as sociedades. No contexto latino-americano e também da particularidade brasileira, esses sujeitos coletivos se apresentavam em movimentos como o dos camponeses sem-terra, dos operários, desempregados, mulheres, crianças abandonadas, indígenas, negros, idosos, entre outros.

Satisfação das necessidades humanas fundamentais: que abrange as necessidades que justificam e impulsionam a ação dos novos sujeitos coletivos. Essas necessidades compreendem as existenciais (da vida), materiais (para subsistência) e culturais, sabendo-se que a essas, somam-se outras, formuladas a partir de outros campos teóricos ou perspectivas, que reunidas, resultam em um conjunto inesgotável e dinâmico, definido pelas contingências do tempo e espaço. Em todo caso, diferem-se das necessidades implantadas na modernidade capitalista industrial que são ilimitadas não em razão do caráter contingente da vida, mas das próprias características desse sistema mercantilista, fundado na posse e propriedade, na ambição de consumo que não pode ser completamente satisfeito, mas cuja busca compromete a realização de outros sistemas de necessidades. Por isso, Wolkmer propunha o reconhecimento de um critério legitimador para as necessidades humanas:

1 Cf. em Wolkmer (1992, pp. 312-382).

que tais necessidades não reduzissem outras pessoas à condição de meios para sua autossatisfação. Um teste no qual o sistema capitalista não poderia passar.

2.2. Fundamentos de efetividade material

Reordenação do espaço público mediante uma política democrático-comunitária descentralizadora e participativa: âmbito da ação coletiva, que demanda a subversão do discurso, comportamento e do modo de pensar, resgatando ações que sejam permeadas pelas questões da comunidade. Dessa subversão, emergem novas formas de ação política, como formas de poder local, sistemas de conselhos, enfim, democracia de base que viabilize a participação e o controle popular.

Desenvolvimento da ética concreta da alteridade: âmbito da ação individual, também designada na tese como “ética da solidariedade”. Constitui-se como “ética concreta” porque permite avançar em relação à ética discursiva, permite romper com formalismos e abstrações metafísicas, que marcaram a racionalidade moderna liberal individualista. Faz isso, por estar inserida nas práticas sociais e traduzir concepções e valores de sujeitos individuais e coletivos em suas duas condições: de “práxis concreta “a partir da condição histórica das comunidades dominadas e espoliadas e de categorias teóricas formuladas pela filosofia, teologia, ciências sociais e outras. Assim, a ética concreta da alteridade pode contribuir com a geração de uma prática “pedagógica libertadora” empenhada na emancipação dos “sujeitos históricos oprimidos”.

Construção de processos para uma racionalidade emancipatória: procedimento teórico, comprometido com a emancipação da “essência humana”. Essa racionalidade precisa emanar da vida concreta, do espaço comunitário e de suas necessidades históricas – e não de apriorismos abstratos e universalistas. Precisa ser assim, para que possa se converter em razão vital liberta, emancipatória.

Essa recapitulação, indo à formulação pioneira do pluralismo jurídico em Wolkmer é necessária para dimensionar a importância desse marco teórico, especialmente com o advento do que se designou por *novo* constitucionalismo latino-americano. Simultaneamente ao ápice desse constitucionalismo, que pode ser situado à época da promulgação das Constituições equatoriana (2008) e boliviana (2009), e, num momento em que os estudiosos começavam a sistematizar as novas tendências e refletir sobre a possibilidade em reconhecer “novos paradigmas” nesses e outros textos constitucionais, também começa a ampliar significativamente a difusão do pluralismo jurídico comunitário-participativo como tema de pesquisa e proposta teórica. Não que antes mesmo desse período tal difusão não tivesse ocorrido...

Ao longo de sua carreira docente na pós-graduação em direito na Universidade Federal de Santa Catarina, Wolkmer orientou centenas de dissertações, dezenas de teses, realizou supervisões de pós-doutorado, entre outras atividades. Nessas orientações, o pluralismo jurídico, combinado com os diferentes elementos constitutivos da tese de Wolkmer, foi assumido como fundamento teórico para análise de diferentes temas, como direitos humanos, movimentos sociais, sistemas de direitos, estrutura judiciária, ensino jurídico, povos e comunidades indígenas e quilombolas, justiça comunitária (bem antes de se tornar um tema evidente no constitucionalismo latino-americano) entre tantos outros. Participou como conferencista e organizou inúmeros eventos, como o “I Encontro Latino-americano Descolonização e Pluralismo Jurídico”, ocorrido em Florianópolis (na UFSC), no ano de 2013 e do qual decorreu a publicação internacional “Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico em América Latina” (WOLKMER; LIXA, 2015), reunindo conferências e trabalhos de diversos países latino-americanos.

Pouco antes, no ano de 2012, UFSC havia sediado também uma das três edições, da Conferência Latino-americana de Crítica

Jurídica, contando com o Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias (NEPE), coordenado pelo Dr. Antonio Carlos Wolkmer, como uma das entidades coorganizadoras. Destas conferências, resultou uma grande e emblemática obra, “Crítica Jurídica na América Latina” (WOLKMER; CORREAS, 2013) que reuniu setenta artigos discutindo diversos temas de relevância para a América Latina, inclusive para o constitucionalismo latino-americano. A respeito do NEPE, é oportuno destacar, foi um grupo de pesquisas que, por cerca de dez anos, reuniu estudantes e pesquisadores que passaram pela graduação e pós-graduação em Direito na UFSC, e que declarava em seu Manifesto fundacional mover-se pela ideologia referenciada no pluralismo, alteridade, filosofia da libertação e radicalidade da reflexão e da luta².

No campo específico do *novο* constitucionalismo latino-americano, que também aparece em Wolkmer como “constitucionalismo pluralista”, “constitucionalismo transformador”, “constitucionalismo andino”, sua tese, escrita quase vinte anos antes, mostrou-se um profícuο marco teórico para análise das diferentes manifestações jurídico-políticas, das novas institucionalidades e até mesmo dos processos de mobilização popular que culminaram nesse importante marco entre as experiências constitucionais. Sua sistematização de um pluralismo jurídico do tipo comunitário-participativo, estruturado em cinco elementos, dois de efetividade material e três de efetividade material, parece ter sido feita sob medida para convergir com os processos de luta comunal, indígena, camponesas e de outros movimentos sociais na América Latina, que buscaram novas formas para interagir com a institucionalidade estatal, levando até ela, seus próprios sistemas e instituições.

Dessa forma, no ano de 2015, foi lançada a 4º edição, revista e atualizada da obra “Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito” em que Wolkmer analisa o desenvolvimento das institucionalidades que se colocavam como possibili-

2 Cf. em: <http://www.nepe.ufsc.br/manifesto/>.

dades emancipatórias nos anos 1990 – das quais algumas parecem ter sido frustradas, mas também aprofunda a discussão a respeito do pluralismo jurídico na América Latina, com destaque a temas como a justiça comunitária, justiça indígena, e o próprio constitucionalismo andino. Por todas essas questões citadas nesse brevíssimo, considera-se que o pensamento de Wolkmer, amiúde, tem recuperado sua atualidade diante dos processos sociais, pelo que, sua importância para a teoria crítica do direito tem sido uma constante desde veio a lume.

3. Porque estudar e discutir Pluralismo Jurídico hoje

O jurista Antonio Carlos Wolkmer é o autor do livro “Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito” e um dos mais destacados pensadores críticos do Direito na América do Sul. Ainda que seja embaraçoso localizá-lo em uma corrente teórica do pensamento jurídico (CHAVES, 2011, p. 827) é possível filiar a sua perspectiva ao viés humanista e democrático, com atuações em áreas específicas do Direito, pois, sua pesquisa é de caráter interdisciplinar e permeia os campos da sociologia e da hermenêutica jurídica, da teoria e da filosofia e da história do Direito, com incursões e contribuições da filosofia política e das teorias sociais. Esses traços elencados são marcantes na carreira do autor, vale referir a sua posição antiformalista e crítica ao positivismo jurídico (CHAVES, 2011, p. 827) e às concepções teóricas eurocêntricas (hegemônicas nas ciências sociais aplicadas). Como alternativa a estas posturas, o autor se vincula ao forte apelo às raízes e matrizes latinoamericanas do pensamento crítico, guardando uma preocupação reflexiva desde a realidade concreta do continente.

Logo, é possível destacar que a formação crítica pode ser atribuída à sua qualificação interdisciplinar (graduação em direito, mestrado em ciência política e doutorado em Filosofia e Teoria do Direito) e por fazer parte da continuidade das gerações de pen-

sadores jurídicos críticos da década de 1980-90 como Lyra Filho, Luis Alberto Warat, Boaventura de Sousa Santos entre outros.

Assim sendo, o pluralismo jurídico representa o tema de conclusão do amadurecimento teórico do autor, cuja base se pode constatar a partir da crise da modernidade jurídica (com seu paradigma positivista/monista) para a qual oferece como alternativas as variadas práticas de juridicidade no cenário latino-americano que extrapolam o âmbito da juridicidade formal estatal e, evidencia uma estrutura jurídica crítica, original e inovadora, que enfrenta aos paradigmas hegemônicos no pensamento jurídico nacional. Ademais, essa tomada de postura é adotada por meio de uma fundamentação regional, destoando das matrizes críticas tradicionais, seja em seu viés moderno clássico das Escolas de Frankfurt ou mesmo as pós-modernas desconstrutivistas, sendo notória a sua postura de não ignorá-las e tampouco rechaçá-las, mas subsumindo-as criticamente e reinventando-as frente às necessidades emergentes da realidade social do nosso continente. Esse tipo de postura é afirmado principalmente quando da emergência de novos sujeitos sociais e de novas formas de relações políticas nas sociedades em processo de redemocratização.

Dessa forma, a obra “Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito”, editado em 2015 pela editora Sarai-va e originalmente escrito na década de 1990, representa o mais alto grau de originalidade do pensamento do autor; por essa razão, a leitura da obra permite refletir criticamente o campo jurídico regional e ter conhecimento das principais práticas comunitárias como fontes jurídicas alternativas.

A obra é visualizada panoramicamente da seguinte forma, parte de um problema concreto que é a crise e esgotamento da capacidade de resposta à sociedade pela cultura jurídica monista racionalizada ocidental, principalmente quando é confrontada pela complexidade das demandas sociais nas realidades periféricas como é o caso da América Latina. Ora, para esta problemati-

zação o autor oferece como alternativa o produto de um avanço pela seara das pesquisas nas ciências sociais participativas, entendendo que as práticas dessa tipologia social adquirem caráter jurídico e apresentam-se como alternativas às formas jurídicas estatais. Assim, as bases dessas fontes de juridicidade não é a lógica racional da modernidade com a sua fundamentação iluminista (calcada no individualismo exacerbado), ao contrário, as perspectivas pluralistas encontram-se na realidade social concreta e na materialidade das condições de produção e reprodução da vida dos sujeitos em comunidade; aparecendo uma fundamentação político-jurídica de base comunitária-participativa.

Com estes fundamentos, o pluralismo jurídico para A. C. Wolkmer (2015, p. 18) trata-se:

[...] resposta para a crise e ineficácia da legalidade monista de tradição eurocêntrica em contexto de dependência e exclusão (já denominado Sul Global) passa, obrigatoriamente, pela ruptura com esse aparato hegemônico e universalista, incidindo na constituição gradual de alternativa de um outro paradigma societário em suas fontes de produção normativa.

Essa finalidade é especificada no tema do Pluralismo Jurídico quando delineado por valores democráticos, práticas jurídicas descentralizadas, justa satisfação das necessidades fundamentais dos sujeitos subalternos e perspectivas de alteridade. Ora, como se vê trata-se de uma proposição diferenciada de Pluralismo Jurídico que não pode ser confundida com as propostas conhecidas da temática, afinal o Pluralismo Jurídico wolkmeriano atende as seguintes especificidades: “[...] não está mais vinculado à representação individual do mundo social, mas à convergência e à síntese de todos os interesses cotidianos individuais e coletivos (novas singularidades sociais), em uma perspectiva de complexidade e intercultu-

ralidade”. (WOLKMER, 2015, p. 18); ou seja, é uma práxis cotidiana comprometida com a dignidade do Outro.

Frente a isso, é possível destacar que a proposta teórica é desenvolvida em cinco momentos, no primeiro é trabalhada a reconstrução histórico-teórica do modelo jurídico na modernidade ocidental; já no segundo momento trata o autor de expor as crises dos fundamentos e as práticas da matriz jurídica moderna ocidental aplicada ao contexto periférico nacional; no terceiro momento aparecem os indícios de alternativas ao cenário delineado nos dois capítulos anteriores, espaço em que ganha relevância a emergência do sujeito histórico, organizado hodiernamente de forma coletiva ou comunitária, expressando-se na forma de movimentos (denominados de “novos” – categoria adotada da sociologia na década de 1990); já o quarto momento é elaborado e evidenciado por meio das respostas ao contexto de crise, aparecendo as alternativas práticas que reinventam o espaço público e oferecem um novo referencial para geração de um Direito Plural e, por fim, o último momento do livro dedica-se a explorar as experiências concretas de exercício e geração de uma pluralidade jurídica pelos sujeitos sociais emergentes e organizados em movimentos, como forma de contraposição aos modelos formalistas do Direito do Estado e opondo suas construções jurídicas como alternativa.

Como forma de encaminhar o encerramento deste recorrido na obra em questão, vale destacar que o pluralismo jurídico wolkmeriano possui como um marco de fundamentação: a alteridade, e pode ser caracterizado como a “[...] multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sociopolítico, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais.” (WOLKMER, 2015, p. 257).

Logo, a tese central do livro é o chamado pluralismo jurídico comunitário participativo, oriundo da crise de afirmação da juridi-

cidade monista neste espaço marginal da sociedade contemporânea, e pode ser afirmado da seguinte maneira:

[...] a proposta por um pluralismo jurídico (designado comunitário- participativo) configurado através de espaços públicos abertos e compartilhados democraticamente, privilegiando a participação direta de sociabilidades excluídas e subalternas, capazes de instaurar novos direitos enquanto necessidades desejadas e possibilitando que o processo histórico de lutas se encaminhe por vontade e por manifestação autêntica das bases comunitárias. (WOLKMER, 2015, p. 82)

Nesse sentido, referida tipologia do pluralismo jurídico estaria embasada em cinco pilares da expressão comunitária participativa: a) legitimação de novos sujeitos sociais; b) fundamentação na justa satisfação das necessidades humanas; c) democratização e descentralização do espaço público participativo; d) defesa pedagógica por ética da alteridade;

e) consolidação de processos conducentes a uma racionalidade emancipatória. Conforme verificado, estas categorias do pluralismo jurídico afirmam outra forma de compromisso social, como bem exemplifica o autor: “[...] esperamos que a proposta deste Pluralismo jurídico de base comunitária e participativa alcance uma prática pedagógica desafiadora, despertando estrategicamente para uma reflexão libertadora e comprometida com nossas sociedades.” (WOLKMER, 2015, p. 11).

Portanto, com este breve panorama das principais ideias e perspectivas do pluralismo jurídico comunitário participativo na obra de Antonio Carlos Wolkmer cabe referir que os pilares teóricos representam a efetivação de mecanismo concretos que traduzem as manifestações sociais em diferentes realidades, guardando como horizonte a emancipação social e a produção do direito que questione, critique e transforme as relações sociais na busca de

uma lógica de justiça com a satisfação das necessidades fundamentais, enfim, um instrumento para reflexão que considera as práticas de justiça alternativas como formas de reinvenção do espaço público e das relações sociais e jurídicas.

Referências

- LOWY, M. *O romantismo revolucionário dos movimentos de maio*. Margem Esquerda: ensaios marxistas. São Paulo: Boitempo, 2008.
- WOLKMER, A. C. *Pluralismo jurídico: o espaço de práticas sociais participativas*. 1992. 2 v. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciencias Jurídicas. Disponível em: <https://bu.ufsc.br/teses/PDPC0052-T.pdf> . Acesso em: 22 mar. 2022.
- WOLKMER, A. C. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- WOLKMER, A. C.; LIXA, I. F. M. *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico em América Latina*. Aguascalientes: CENEJUS, 2015.
- WOLKMER, A. C.; CORREAS, O. (Org.). *Crítica Jurídica na América Latina*. Aguascalientes: CENEJUS, 2013. 1365 pp. Disponível em: <http://www.nepe.ufsc.br/files/2013/12/Crica-Juridica-na-America-Latina.pdf> . Acesso em 22 jan. 2022
- WOLKMER, A. C. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.
- WOLKMER, A. C.; et al. *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Humanismo jurídico, pluralismo e emancipação social: Reflexões em torno de dois modelos teóricos convergentes

Eduardo C. B. Bittar

1. Introdução

Este artigo é uma contribuição aos estudos que celebram os 70 anos do Professor Titular Antonio Carlos Wolkmer, a convite do(a) s Organizadore(a)s desta obra (Professora Dra. Débora Ferrazzo, Professor Dr. Lucas Machado Fagundes e Professora Dra. Ivone Fernandes Morcilo Lixa). Integrar a obra em homenagem a Antonio Carlos Wolkmer é uma alegria e uma honra, mas também, implica num compromisso de enorme responsabilidade. E isso porque o Homenageado tem uma produção intelectual extensa, variada, complexa e de grande significado jurídico-político. Trata-se de um jurista, com vocação para diplomata, que exerce os seus fazeres interdisciplinares de forma poliglota, e, não por outro motivo, de reconhecimento nacional e internacional.

A sua obra se desenvolve numa perspectiva crítica, reflexiva, em campos tão diversos e vastos, envolvendo a *História das Idéias*, a *História do Direito*, o *Pluralismo Jurídico*, a *Filosofia do Direito*, os *Direitos Humanos* e o *Constitucionalismo Latino-Americano*, estes que se tornaram os eixos da contribuição de sua pesquisa e os vetores da originalidade de seu pensamento. Ademais, desde logo, deve-se acentuar que a obra do Homenageado está atravessada por uma notável sensibilidade latino-americana. É nesta medida que se considera que a homenagem aparece a tempo, no sentido de impedir que a importância da data viesse a passar sem que lhe fosse conferido o seu devido sentido simbólico-ritual, bem como, no sentido de hon-

rar a relevância dos estudos do jurista, cujo trabalho, publicações e cultura vieram semeando bons frutos na *Ciência do Direito* do Brasil, e do mundo, nas últimas décadas.

Em diversas ocasiões tive o privilégio de interagir com Antonio Carlos Wolkmer, seja como quem aprende, seja como quem dialoga. A sua personalidade é generosa o suficiente para dividir, e a sua competência é suficiente para ensinar sem impor. Por isso, os aproveitamentos recíprocos de nossa interlocução acadêmica foram profícuos, ao longo de anos, não obstante termos desenvolvido carreiras em Universidades diferentes (UFSC e USP), geograficamente distantes (Santa Catarina; São Paulo) e pertencermos a gerações distintas. Mesmo com tudo isso, soubemos aproveitar das escassas brechas de agenda para construirmos algo em conjunto, das oportunidades em Congressos para dialogar com alegria, e das facilidades da tecnologia para mantermos a conexão necessária e suficiente para que o interesse comum não se perdesse, com o passar dos anos.

Assim, não foram poucas as oportunidades em que pudemos dialogar, e, aqui, listo apenas algumas delas. Em todas elas, os registros que extraio servem de memória de um processo de construção de obras em diálogo, onde o campo em comum parece ser o interesse pelos desafios do Brasil e o entusiasmo pela renovação das áreas do conhecimento atinentes à *História do Direito* e à *Filosofia do Direito*. Assim, um destes registros é o apontamento encontrado em seu livro *História do Direito no Brasil* que demonstrava, da parte do homenageado, uma generosa capacidade de compreender as intenções e os esforços de outro(a)s pesquisadore(a)s,¹ e, de minha parte, a vontade de cobrir uma lacuna que sentia como incompreensível na literatura jurídica nacional. Em seguida, um outro registro é a menção, que muito me surpreendeu, em seu *Introdução ao*

1 “...bem como a curiosa e interdisciplinar coletânea *História do Direito Brasileiro*, organizada pelo Professor Eduardo C. B. Bittar” (WOLKMER, 2007, p. 8).

pensamento jurídico crítico, que recorda de meus esforços, em meio à renovação das tradições filosóficas brasileiras.²

Assim, de forma recíproca, e como numa via de duas mãos, logo surgiu a oportunidade de convidá-lo a escrever o *Prefácio* à 4ª. edição, datado de 09.01.2012, ao livro *História do Direito Brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional* (Atlas, 4.ed., 2017). No ano de 2008, também foi possível integrá-lo à Coletânea de estudos que procurava pensar os desafios da Educação em Direitos Humanos. Além disso, em artigo recentemente publicado na Bélgica, também surgiu a oportunidade de mencionar Antonio Carlos Wolkmer como sendo responsável por uma das grandes e consolidadas linhas de pensamento que lança as suas contribuições para a formação de uma *Teoria Crítica do Direito* no Brasil. Enfim, a lista poderia se alongar, mas o propósito da demonstração desta reciprocidade intelectual de longos anos, apenas surge aqui, como forma de fortalecer o louvor ao Homenageado.

Mas, quando se trata de apresentar a proposta deste artigo, considerando-se o espaço limitado a ele destinado, torna-se importante afirmar que aqui procurar-se-á enfrentar um desafio muito particular, no tratamento da extensa obra de Antonio Carlos Wolkmer. No item 1 (*Humanismo, democracia e pluralismo*), procura-se vincar a relação entre *Humanismo* e *Direito*, no interior de sua obra, especialmente através dos itens 1.1. (*Humanismo, democracia e Direito: o humanismo jurídico e a humanização do Direito*), 1.2. (*Humanismo, democracia e direitos humanos: a dignidade da pessoa humana e a humanização do Direito*) e 1.3. (*Humanismo, pluralismo jurídico e democracia: legitimidades, diversidades e participação*). No item 2 (*Humanismo, democracia e emancipação: convergências teóricas*), procura-se vincar o estudo da relação entre dois modelos teóricos convergentes, o *Pluralismo Jurídico* e a *Teoria do Humanismo Realista*, num duplo movimento, que ressalta aspectos de ambos modelos teóricos, no item 2.1. (*Humanismo ju-*

2 “Dentro dos estudos jusfilosóficos do país, com perspectivas abertas e renovadoras, podem ser lembrados também Plauto Faraco de Azevedo, Juarez Freitas e Eduardo C. B. Bittar” (WOLKMER, 2006, p. 121).

rídico e Teoria do Humanismo Realista: duas concepções, um mesmo horizonte), para, em seguida, operar a análise itenizada de uma cartografia conceitual que aponta os pontos de conexão e diálogo entre ambas as concepções, ao longo do desenvolvimento do item 2.2. (*Humanismo, realismo e emancipação: a cartografia conceitual de dois projetos teóricos convergentes*).

2. Humanismo, democracia e pluralismo

2.1. Humanismo, democracia e direito: o humanismo jurídico e a humanização do Direito

A questão do *Humanismo* encontra profundo eco no pensamento de Antonio Carlos Wolkmer. Será a partir da fissão entre *Humanismo* e *Direito* que será possível ao homenageado apontar para horizontes mais largos de justiça, transcendendo a lógica da opressão e o estado de injustiça em sociedade. Esta fissão também será responsável pela elaboração do *humanismo jurídico*, concepção de matriz democrático e pluralista. No entanto, é importante ter-se presente, a partir da análise de sua obra, que a questão do *Humanismo* não surge como ponto de partida de seu pensamento, mas sim, que vai emergindo aos poucos, ganhando espaço, e se impondo, até expressar-se como uma das qualidades de sua *práxis teórica*. Na *Introdução* da obra *Fundamentos do Humanismo Jurídico no Ocidente*, a aproximação entre *Humanismo* e *Direito* será explicitada e trazida às claras.³

A importância e o peso contidos no termo *Humanismo*, considerando-se toda a tradição filosófica ocidental estabelecida em seu entorno, permite a Antonio Carlos Wolkmer interessar-se por

3 “Assim, a aproximação filosófica do humanismo ao Direito permite transcender os limites históricos das múltiplas formas opressoras e abstratas de legalidade, reordenando-as crítica e culturalmente para instrumentalizar o diálogo emancipador entre as regras de convivência institucional e as exigências humanas de dignidade, justiça e liberdade” (WOLKMER, 2005, p. IV).

tudo o que a “tradição” foi capaz de elaborar a seu respeito. É de se reconhecer, neste sentido, que o termo *Humanismo* vem carregado de pré-concepções, uma vez que sua abertura conceitual permitiu que pudesse responder, ao longo da história, a exigências filosóficas as mais diversas, e até mesmo opostas. Mas, o importante a reter é o que vem apontado em *Humanismo e cultura jurídica no Brasil*, quando o Autor afirma acerca do termo *Humanismo* o que segue: “(...) tem representado, independentemente do lugar e do tempo, valores capazes de nortear a conduta do homem”. Em adição a esta afirmação, tem-se presente esta outra, extraída da *Introdução a Fundamentos do humanismo jurídico no Ocidente*, onde se verifica que: “(...) desde as antigas até as contemporâneas concepções sobre humanismo, o intento principal são o valor e a dignidade humanos”.

Isto deixa claro que o resgate do termo *Humanismo* trará consigo as condições conceituais por meio das quais a cunhagem da expressão *humanismo jurídico* poderá ser construída, enquanto expressão de um *projeto teórico*. Nessa linha de raciocínio, o *humanismo jurídico* não é a mera reunião de *Humanismo* (tradicional, idealista) e *Direito* (formal, legalista), mas a proposta de reelaboração do Direito, por meio da *humanização do Direito*. Então, a *humanização do Direito* só se faz possível a partir de uma *nova abordagem* do Direito, marcada pelo afastamento do humanismo idealista, falso e atrofiado, e por uma re-criação do sentido do *humanismo*, a partir da visão de um humanismo autêntico, prático e emancipador.⁴

Assim, o *humanismo jurídico* somente é possível na medida em que a *humanização do Direito* venha a representar uma forma de construção de novos horizontes para o Direito.⁵ Nisso, está conti-

4 “Refletir sobre esses aspectos implica superar um humanismo idealista, falso e atrofiado e, sem perder de vista as raízes humanistas de origem latina, tornar possível a absorção e adequação de um ideário para o continente latino-americano, que valoriza a dignidade humana da vida humana, a liberdade, a justiça e a autonomia emancipadora” (WOLKMER, 2003, p. 21).

5 Na *Introdução* à obra *Fundamentos do humanismo jurídico no Ocidente*, o homenageado afirma: “Considerando uma compreensão mais historicamente autêntica e efetiva do humanismo é que se poderá repensar a humanização do Direito” (WOLKMER, 2005, p. X).

da uma evidente crítica à forma como o Direito moderno (estatal, legalista, formalista, individualista) estruturou as práticas jurídicas, firmou ideologias que marcaram a formação da consciência dos juristas, e, com isso, moldou a forma como a *Ciência do Direito* e a *Teoria do Direito* se afirmaram ao longo dos últimos séculos. Nisto, a importância do caráter dissolutor da crítica de Antonio Carlos Wolkmer, fazendo jus às tarefas da *Teoria Crítica*, não é outra senão a de apontar para a ideologia do formalismo e do positivismo, considerando-se inclusive as influências de Hans Kelsen, tal como o faz em sua obra *Ideologia, Estado e Direito*.⁶

Mas, a sua análise não estaciona neste ponto. Aqui, neste quadrante, particularmente, as tarefas da *História do Direito* - evidentemente, tendo-se presente uma visão problematizadora acerca das funções e dos métodos da *história* -⁷ comparecem, qualificando a análise, para apontar-se que o “Direito” - da forma como se conhece -, é, em verdade, a expressão de um *modelo* de Direito, a saber, o “Direito moderno”. E, o “Direito moderno” tem por características a estatalidade, a formalidade, a oficialidade, a abstração e a legalidade.⁸ O resultado desta conformação do Direito, de origem ocidental e europeia, é a centralização de todas as formas de Direito na forma do “Direito estatal”. Assim, “Direito moderno” tem sido sinônimo de “Direito estatal”. Mas, é exatamente esta concepção de Direito que é criticada por Antonio Carlos Wolkmer, em favor de uma outra visão, em que o Direito é visto em sua perspectiva pluralista e transformadora, democrática e emancipatória. Assim, se a humanização do Direito implica alguma tarefa, ela aponta

6 “A teoria das normas kelsenianas na coerência de sua ‘pureza’ mantém-se afastada das investigações sobre a questão de sua justiça absoluta, em que todo conhecimento possível só comprova se rigor formal e sua aridez técnica” (WOLKMER, 2000, p. 161).

7 “Não mais uma historicidade linear, elitista e acumulativa, mas problematizante, desmitificadora e transformadora” (WOLKMER, 2007, p. 20).

8 “É dentro desses marcos teóricos e operacionais que se pode caracterizar o Direito Moderno como direito estatal, centralizado, escrito, previsível (segurança e certeza jurídicas) e normativo” (WOLKMER, 2007, p. 32).

para a dimensão da reelaboração da forma como se entende o Direito, o que implicará um importante *giro teórico*, em busca de uma matriz de *pluralismo jurídico* que seja capaz de conciliar as exigências do Direito moderno com as exigências de democracia, participação, inclusão, igualdade e dignidade humanas, em perspectiva latino-americana.⁹

2.2. *Humanismo, democracia e direitos humanos: a dignidade da pessoa humana e a humanização do Direito*

A visão do *humanismo jurídico* irá desembocar, como não haveria de ser diferente, numa perspectiva de Direito pluralista, latino-americana e emancipatória. No centro das preocupações com o Direito irá emergir a luta por efetivação e a busca por reconceitualização dos direitos humanos. Se o fundamento dos direitos humanos é a dignidade da pessoa humana,¹⁰ toda preocupação com a *humanização* do Direito passará para o campo da realização universal das exigências morais e principiológicas que estão implicadas no Direito. Não que a dignidade da pessoa humana esteja dada, mas que ela se apresenta como uma ideia-força que orienta a luta e permite qualificar o estado de desenvolvimento da cidadania, como a identifica o filósofo alemão Jürgen Habermas.¹¹

9 “O desafio está, por conseguinte, em repensar e transcender o humanismo de tradição clássica e europeia, edificando o novo humanismo pós-metafísico, aquele almejado pelos povos latino-americanos, um humanismo do homem concreto, que se constrói de baixo para cima” (WOLKMER, 2003, p. 36).

10 Na *Introdução* à obra *Fundamentos do humanismo jurídico no Ocidente*, o homenageado afirma: “Indubitavelmente, pensar e investigar a perspectiva da filosofia jurídica humanista ou especificamente o próprio humanismo jurídico implica admitir, compartilhar e resguardar seus *princípios fundamentais*, como o reconhecimento da *dignidade humana* (condição moral de respeito a todo ser humano), *justiça, liberdade, direitos humanos, bem-comum, igualdade e segurança individual e social*” (WOLKMER, 2005, p. XI).

11 “A dignidade é um *sismógrafo* que mostra o que é construtivo para uma ordem jurídica democrática – a saber, precisamente os direitos que os cidadãos de uma comunidade política devem se dar para poderem se respeitar reciprocamente com membros

Mas, para além de ser uma ideia-diretriz, ela também funciona como uma potente qualidade e, por isso identidade-comum, a definir um dos traços a *humanidade*, e, assim permitir, mais do que uma visão universalista, uma visão situada, concreta e pós-metafísica acerca do fundamento dos direitos humanos. É assim que a leitura de Antonio Carlos Wolkmer acerca da dignidade da pessoa humana não somente desemboca numa perspectiva contra-hegemônica e decolonial dos direitos humanos - tendo-se presente a consciência histórica crítica que permite identificar os atravessamentos que levam à condição latino-americana e periférica -,¹² voltada para a realidade latino-americana, mas procura, sobretudo, pensar os mais reais e concretos desafios do Brasil.

Neste particular, o diagnóstico de realidade com o qual trabalha Antonio Carlos Wolkmer é o mesmo de toda concepção democrática, e se ilumina da preocupação de conduzir a cultura dos direitos humanos no sentido da *universalização da cidadania* e da superação da *cultura histórica de violência*. Num estudo anterior, intitulado *Democracia, justiça e emancipação social*, pude apontar para as distorções próprias da *modernidade incompleta*, na qual se encontra mergulhada a realidade brasileira.¹³

Aliás, no campo das *Ciências Humanas e Sociais*, através de estudos das áreas *História, Ciência Política, Antropologia* e da *Sociologia*,¹⁴ vem-se apontando para as distorções que definem a *modernidade brasileira*. E é com base neste grupo de estudos que se tor-

de uma associação voluntária de livres e iguais. *Somente a garantia desses direitos humanos cria o status de que cidadãos, como sujeitos de direitos iguais, pretendem ser respeitados em sua dignidade humana*" (HABERMAS, 2012, p. 17).

12 "O país se edificou como uma sociedade agrária baseada no latifúndio, existindo, sobretudo, em função da Metrópole, como economia complementar, em que o monopólio exercido opressivamente era fundamental para o emergente segmento social mercantil lusitano" (WOLKMER, 2007, p. 47).

13 "O Brasil vive distorções próprias de uma sociedade de modernidade incompleta, e, por isso, seus destinos políticos carecem de um incremento neste sentido" (BITTAR, E. C. B., 2013, p. 570).

14 *Vide* SOUZA, 2006.

na possível identificar as *injustiças*, as *desigualdades*, as *violências*, como marcas que atravessam o Brasil. Aqui, se encontra o *trasfundo* com o qual trabalha Antonio Carlos Wolkmer para a formulação de uma concepção contra-hegemônica e libertária, no campo dos direitos humanos. E esta perspectiva deve apontar para uma linha intercultural, dialógica, descolonizada e latino-americana.¹⁵ Além disso, deve-se ter presente que Antonio Carlos Wolkmer é um dos poucos Autores pioneiros a indicar, além da necessidade de busca por efetividade dos direitos humanos, e da transformação da concepção de direitos humanos, a atualização dos direitos humanos, para responder aos desafios trazidos pelas questões de biotecnologia e engenharia genética,¹⁶ e, também, pelas questões da era digital.¹⁷

2.3. Humanismo, pluralismo jurídico e democracia: legitimidades, diversidades e participação

A concepção teórica de Antonio Carlos Wolkmer vem bem demarcada pela característica de responder pela sigla do *pluralismo jurídico*. O *pluralismo jurídico* é uma concepção teórico-filosófica acerca do Direito que possui identidade própria, em meio a uma enorme diversidade de concepções pluralistas. Além dos limites de uma concepção do Direito tal que, definida pelas características do Direito moderno, o *pluralismo jurídico* de Antonio Carlos Wolkmer vem claramente identificado em sua obra, intitulada *Pluralismo jurídico*, onde se lê: “Sendo assim, há de se designar o *pluralismo jurídico* como a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo

15 “Em suma, é na perspectiva transformadora do Pluralismo Jurídico de tipo comunitário-participativo e com base em um diálogo intercultural que se deverá redefinir e interpretar os marcos para a nova plataforma de direitos humanos, de direitos humanos descolonizados enquanto “processo de lutas sociais por dignidade”.” (WOLKMER, A. C., 2021, p. 27).

16 A este respeito, consulte-se WOLKMER, 2016, p. 29.

17 A este respeito, consulte-se WOLKMER, 2016, p. 31.

sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais”. Aqui, a pluralidade de experiências sócio-políticas recebe o tratamento do reconhecimento, e é emancipada pela atitude teórica que constrói um *lugar* de possibilidade e de *reserva* à luta por direitos.

O Direito estatal, legalista, formalista e individualista não é uma matriz capaz de lidar com a diversidade das questões emergentes da vida social contemporânea, com os desafios oriundos do processo de globalização neoliberal,¹⁸ com a complexidade das trocas sociais e com as dificuldades geradas pela lógica político-econômica predominante. Assim, as demais práticas plurais, concomitantes e diferentes, oficiais e não-oficiais, conflitivas e não-conflitivas, recebem o *estatuto teórico*, para se afirmarem como *práticas de luta* e de *resistência*, mas, sobretudo, enquanto *práticas de cidadania* e *justiça*, qualificando-se no interior do Direito em transformação. Assim, o *pluralismo jurídico* pressupõe: i) o reconhecimento do pluralismo e da legitimidade dos novos sujeitos sociais; ii) o reconhecimento da luta pela satisfação das necessidades humanas;¹⁹ iii) o reconhecimento da luta por participação social, por democratização e por cidadania ativa; iv) o reconhecimento da pessoa humana e da alteridade; v) o reconhecimento da racionalidade emancipatória.²⁰

Segundo esta concepção, a *cidadania* não pode caminhar em divórcio com o desenvolvimento social, com a não satisfação das necessidades vitais e com o alijamento prático-político e participa-

18“Esse é o intento dessa reflexão: ao criticar o neo-colonialismo liberal do capital financeiro e os desenfreios genocídios étnico-culturais, introduz-se o pluralismo de tipo “comunitário-participativo” como instrumento de luta para combater as mazelas da globalização neoliberal e para legitimar-se como estratégia contra-hegemônica de afirmação aos direitos humanos enquanto “processo de lutas sociais pela dignidade” (WOLKMER, 2021, p. 15).

19 “Para começar há que se designar o pluralismo jurídico como a multiplicidade de práticas existentes num mesmo espaço sociopolítico, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais” (WOLKMER, *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, 5.ed., 2006, p. 186).

20Cf. WOLKMER, *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, 5.ed., 2006, p. 192.

tivo.²¹ A concepção do *pluralismo jurídico* é de decisiva importância para sociedades periféricas e, por isso, tem sido tomada tão a sério, enquanto fundamento para novas práticas no âmbito do Direito latino-americano. Assim, na visão expressa pelo *pluralismo jurídico* reside uma concepção de Direito emancipatória, e profundamente ligada aos ideais democráticos, e que se coloca no *front* de combate à miséria, à fome, à marginalidade e a todas as formas de violências.²²

3. Humanismo, democracia e emancipação: convergências teóricas

3.1. *Humanismo jurídico e Teoria do Humanismo Realista: duas concepções, um mesmo horizonte*

O *Humanismo Jurídico* de Antonio Carlos Wolkmer, enquanto humanismo pluralista e democrático, é uma concepção madura, consolidada e pioneira. O curioso é notar que, mesmo que surgida posteriormente à sua concepção, a *Teoria do Humanismo Realista* veio aos poucos desabrochando no interior das minhas investigações e pesquisas científicas. Mas, foi recentemente, com a publicação da obra intitulada *Introdução ao Estudo do Direito: humanismo, democracia e justiça* (1ª. edição, 2018), que foi possível consolidar uma concep-

21“Trata-se, principalmente, daqueles sujeitos que, na prática cotidiana de uma cultura político-institucional e de um modelo sócio-econômico particular (espaço societário brasileiro), são atingidos na sua dignidade pelo efeito perverso e injusto das condições de vida impostas pelo alijamento do processo de participação e desenvolvimento social, e pela representação e sufocamento da satisfação das mínimas necessidades” (WOLKMER, *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*, 2001, pp. 158-159).

22“Se miséria, fome, desigualdade, violência, marginalização, despolitização são frutos de um processo que espelha profundas clivagens sociais, como acreditar que um projeto emancipatório seja passível de consecução sem antes se pensar em inclusão e justiça social?” (BITTAR, *Democracia, justiça e emancipação social: reflexões jusfilosóficas a partir do pensamento de Jürgen Habermas*, 2013, p. 573).

ção de *Teoria do Direito*, profundamente marcada pela ideia do *humanismo*. Trata-se da *Teoria do Humanismo Realista*, lançada em 2018, e que hoje já recebe diversos tipos de estudos, pesquisas e publicações, seja no Brasil, seja no exterior. A *Teoria do Humanismo Realista* nasceu, progressivamente, de várias etapas de estudos anteriores, a partir da fusão de horizontes nos campos da *Teoria da Linguagem* e da *Teoria da Democracia*, permitindo-se, desta forma, conceber um campo de trabalho informado pela qualidade da *Teoria Crítica* de Jürgen Habermas. A *Teoria do Humanismo Realista*, enquanto defensora de um *humanismo social, democrático e republicano* aponta para a formação de um *realismo brasileiro*, na medida em que se constrói como um ‘*realismo crítico, sociológico e discursivo-democrático*’, crítico do formalismo jurídico e das visões excessivamente analíticas, preocupado com a efetividade dos direitos humanos, com a participação democrática e com o respeito à dignidade da pessoa humana.

É a partir da constatação dos déficits de cidadania que parte a formulação da *Teoria do Humanismo Realista*, enquanto concepção voltada para a compreensão da realidade latino-americana, e, especialmente, para a compreensão da realidade brasileira. Em grossas linhas, esta concepção teórica aponta para: i) a crítica da *Teoria Tradicional*,²³ por estar voltada para a normatividade do Direito, e se preocupa em resgatar a conexão entre Direito e Sociedade (*Law and Society*), pela via do reconhecimento da *tensão* entre *facticidade* e *validade*, seguindo de perto a linha de análise de Jürgen Habermas *Faktizität und Geltung* (1992); ii) a crítica da visão do sistema jurídico como conjunto de normas jurídicas, por enxergar a importância da atuação das instituições concretas de justiça em funcionamento, na linha teórica de Santi Romano,²⁴ na tarefa de realizar os desafios da efetivação dos direitos; iii) a crítica da ineficácia crônica de que padecem as instituições do Direito moderno, e, por isso, de-

23KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*, 4.ed., 1976.

24Cf. ROMANO, O *ordenamento jurídico*, 2008, p. 83.

fensora da revisão, da reforma e da humanização das instituições de justiça.²⁵

3.2. Humanismo, realismo e emancipação: a cartografia conceitual de dois projetos teóricos convergentes

Num estudo comparado, pode-se perceber uma inusitada comunhão de ideais, contida em ambas as perspectivas teóricas, e que formam *projetos diferentes*, mas que se identificam em vários pontos de conexão por serem *projetos convergentes*, na medida em que são emancipatórios, críticos e humanistas. É certo que o *Pluralismo Jurídico* de Antonio Carlos Wolkmer se fixa muito mais nas dimensões da *Filosofia do Direito*, da *Sociologia do Direito* e da *História do Direito*, com forte traço democrático, pluralista e latino-americano, enquanto a *Teoria do Humanismo Realista* se fixa muito mais na dimensão da *Teoria do Direito*, com traço crítico, histórico e realista, procurando representar uma forma de inovação, operando o *giro humanístico* no campo da *Teoria Crítica do Direito*.

Todavia, é de definitiva importância afirmar que nenhuma *Teoria do Direito* se constrói sem uma base teórico-conceitual advinda, especialmente, de inspirações maiores extraídas da *Filosofia do Direito*, da *Sociologia do Direito* e da *História do Direito*. Também, é de definitiva importância afirmar que uma *Teoria Crítica do Direito* não se afirma sem que parta de diagnósticos históricos, e, muito menos, de estudos históricos que permitam fixar a compreensão do Direito de forma situada. Com estas palavras, pode-se dizer que a importância dos estudos de Antonio Carlos Wolkmer, ao longo dos anos de interlocução intelectual que mantivemos, é a de ter colaborado para tornar possível o processo paulatino de amadurecimento, construção e desenvolvimento da *Teoria do Humanismo Realista*. Sem os seus estudos, talvez ficasse faltando alguns tijolos para o

25Cf. BITTAR, Linguagem e interpretação de textos jurídicos: estudo comparado entre realismos jurídicos, *Revista Direito & Praxis, Dossiê Críticas radicais ao poder de punir*, Rio de Janeiro, UERJ, Vol. 12, n. 01, 2021, pp. 139-167.

seu desenvolvimento. Neste particular, e enquanto atestado desta ‘presença sensível’ de Antonio Carlos Wolkmer no interior da formulação do modelo teórico, deve-se indicar que os seus estudos se fazem presentes em diversos capítulos da obra que carrega esta concepção.²⁶

De toda forma, mais importante do que apontar para este *vínculo interno* entre os dois modelos teóricos, é de todo importante - enquanto fomento à continuidade de nosso diálogo intelectual -, no espaço deste livro que festeja a obra do Homenageado, aprofundar a análise dos pontos de conexão entre os modelos teóricos, firmando uma breve cartografia conceitual de dois modelos teóricos convergentes. Este exercício será feito de forma itinerizada, para que se possam eleger alguns pontos focais de análise, e, a partir de cada qual, destacar-se o que há de singular no *Pluralismo Jurídico*, de Antonio Carlos Wolkmer, que se identifica com o que há de singular no *Humanismo Realista*, de Eduardo C. B. Bittar. Assim:

i) sobre a concepção de humanismo:

i.1.) pluralismo jurídico: a concepção desenvolvida no interior do modelo teórico de Antonio Carlos Wolkmer é a de um *humanismo jurídico*, concepção que vem marcada por uma identidade democrática e pluralista (*pluralismo jurídico*), inspirada, mas não circunscrita, pelas tradições do humanismo ocidental, e que procura verte-se no sentido de uma perspectiva latino-americana e emancipatória;²⁷

i.2.) humanismo realista: a percepção acerca do que seja o *humanismo* é refinadamente visitada pela *Teoria do Humanismo Realista*, que procura desenvolver uma visão de humanismo realista,²⁸ de-

26 A exemplo dos Capítulos VI, VII, VIII, IX e XIII do livro BITTAR, 2019, ps. 147-309 e pp. 369-384.

27 “(...) tem representado, independentemente do lugar e do tempo, valores capazes de nortear a conduta do homem” (WOLKMER, 2003, p. 20).

28 “O *humanismo social, democrático e republicano* afirma que, para sermos mais em nossa *humanidade*, devemos cultivar os traços de seres de cuja *in-completude* se retiram: a indispensável presença do outro (*alter*); a igualdade humana que leva em conta as diferenças; a indignação diante das injustiças; a capacidade de fazer-

mocrático e republicano,²⁹ e que possui inúmeras afinidades conceituais e a mesma percepção que alimenta a tradição do humanismo ocidental.³⁰

ii) sobre os saberes jurídicos:

ii.1.) pluralismo jurídico: o *pluralismo jurídico* se preocupa com a descolonização da cultura dos juristas, na tarefa de aprimoramento da *Ciência do Direito*, em afinidade com as transformações trazidas pela *Filosofia e Teoria do Direito*, na medida em que proporciona as condições para a aparição da criticidade e de uma cultura do Direito voltada para o reconhecimento de todos e de todas, sem distinções. Ali, onde os juristas se tornam reféns de configurações regeladas, analíticas e estanques, se encontram distanciados da vida social e, por isso, alimentados pelo excesso de *forma*, perdem a conexão com a *matéria*. A *crítica* dos saberes jurídicos aqui comparece como tarefa de renovação do Direito e de solidariedade humana,³¹ mas não de desconstrução do lugar próprio do Direito; a desconstrução aberta pelos sulcos teóricos da obra de Antonio Carlos Wolkmer apenas reforçam o que há de emancipatório no Direito, libertando os juristas de estarem acrisolados no casulo da *forma jurídica* de um determinado e específico *modelo* de Direito

se vivo pela incessante busca que nos faz *re-significar* a experiência e transformar as camadas dos mundos subjetivo, objetivo e social que habitamos.” (BITTAR, 2019, p. 56).

29 “O *humanismo* significa a *atitude de mundo* que valoriza o homem, em sua condição e limites, em qualquer época histórica, enfatizando-se a sua potência como ser de *ação* e de *reflexão*” (BITTAR, 2019, p. 53).

30 “Por isso, aqui, quando se fala de humanismo, se está a falar de um humanismo realista e concreto, ligado ao plano da ação, que afeta positivamente a *inter-ação*, transformando-a, pois é na ação que nos fazemos com o Outro” (BITTAR, 2019, p. 53).

31 “Certamente a crítica, como dimensão epistemológica e sociopolítica, tem um papel pedagógico transgressor, à medida que se torna instrumental operante correto para a conscientização, resistência e libertação, incorporando as esperanças, intentos e carências de sociabilidades que sofrem qualquer forma de discriminação, exploração e exclusão” (WOLKMER, 2006, p. 203).

colonizador da autonomia do pensar, da criticidade e da interdisciplinaridade;

ii.2.) *humanismo realista*: quanto mais os saberes jurídicos se especializam, mais se tornam técnicos e diferenciados. Quanto mais se tornam técnicos e diferenciados, mais desenvolvem uma linguagem jurídica específica, acessível apenas para um *groupe sémiotique*. Ora, daí, a dupla cisão: a linguagem jurídica acaba por dividir o(a)s juristas entre si e, ao mesmo tempo, a linguagem do(a)s juristas divide a sua atuação dos demais membros da comunidade. Se tornando um saber de especialidades, a vocação da *Ciência do Direito* vai se desligando de suas raízes sociais, fazendo do Direito um saber qualificado pela diferença, e não pela capacidade de realização da cidadania e da integração de horizontes. Uma reconexão entre *Direito e Sociedade (Law and Society)* passa pela tarefa de ampliação da reflexão, exercida pela mediação da *Filosofia e da Teoria do Direito*, que evita que o(a)s juristas se alienem em seus universos de saber particulares, e pela tarefa de criação de conexões interdisciplinares e dialógicas, que aproximem os horizontes cognitivos do Direito ao das conquistas e saberes, técnicas e fazeres, das demais *Ciências Humanas e Sociais*;³²

iii) sobre a emancipação:

iii.1.) *pluralismo jurídico*: o *pluralismo jurídico* se preocupa com a emancipação, aqui compreendida como uma busca dos atores sociais, reconhecidos em sua autonomia, em sua pluralidade e seu ativismo. Na concepção de Antonio Carlos Wolkmer, a emancipação é uma tarefa da democracia, da organização política da sociedade civil e dos movimentos sociais, tendo, por isso, a ver com a participação democrática. Em sua concepção, a emancipação converge para a dignidade e para a justiça e, exatamente por isso, não permanece refém de uma visão de mundo acrisolada pela forma imposta pela legalidade do Direito oficial, estatal, tradicional;

32 A este respeito, consulte-se BITTAR, 2019, pp 48-49.

iii.2.) *humanismo realista*: a emancipação é, igualmente, uma tarefa da democracia. Evidentemente, a democracia brasileira está longe de ser uma democracia consolidada, plena e madura. A democracia brasileira requer o seu aprofundamento, a estabilização de suas instituições e a melhoria da qualidade do ambiente político. Para isto tudo, colabora a tarefa de envolvimento concreto dos atores sociais,³³ diversos e plurais, bem como o alargamento dos espaços de deliberação e participação social. No entanto, a emancipação não é apenas política, pois se revela como tarefa de proteção de homens e mulheres concreto(a)s de situações opressivas, reprimidas, injustas, violentas, desiguais e de inferiorização;³⁴

iv) *sobre a racionalidade do Direito*:

iv.1.) *pluralismo jurídico*: o *pluralismo jurídico* se preocupa com a afirmação de uma racionalidade, diferente da técnico-formal-burocrática, que inspira o Direito moderno e sua concepção meta-modelada de *Ciência do Direito*. Esta nova racionalidade será buscada por Antonio Carlos Wolkmer na *identidade cultural*, de forma que a sociabilidade latino-americana, o destino comum dos povos latino-americanos, a vocação para a realização da luta pela dignidade do que há de único, original e específico na cultura latino-americana, considerando-se a diversidade de povos e etnias indígenas, afrodescendentes e imigrantes, aponta para uma fusão cultural que permite à concepção *pluralista* atuar no sentido de reconhecer o *múltiplo* no *uno*, e desenvolver as condições para o respeito identitário. Assim, emerge não uma *racionalidade do único e do exclusivo*, mas uma *racionalidade do plural e do diverso*;

33 “A emancipação depende do envolvimento concreto dos múltiplos atores sociais nas mais diversas áreas do interesse social, para a provocação de um processo de luta por reconhecimento” (BITTAR, E. C. B., 2013, p. 607).

34 “Em busca de cidadania, o *humanismo* visa a *transformação social responsável* e a *emancipação dos homens e mulheres concretos*, de situações injustas, violentas, restritas, distorcidas, reprimidas, opressoras, desiguais e perversas.” (BITTAR, 2019, p. 56).

iv.2.) *humanismo realista*: o estudo da *racionalidade instrumental*, criticada pela primeira geração da *Escola de Frankfurt*, encontra em Jürgen Habermas um diagnóstico inovador. A racionalidade europeia moderna permitiu o florescimento de um *modelo de razão*, baseado no cálculo, que é responsável pelo progresso econômico, mas que coloniza as demais esferas da vida. Assim, a tarefa da *racionalidade comunicativa* é a de incrementar os elos de *sociabilidade*, favorecendo e fomentando as formas espontâneas de socialização, por meio das quais o *mundo da vida* se torna hábil à cultura, à autonomia e à comunicação. A *razão comunicativa* fortalece as expressões da vida comum, e, por isso, incrementa a *esfera pública comunicativa*, instrumento sem o qual a vida democrática e o ativismo cidadão se vêem vitimados pela lógica de reprodução dos interesses econômicos. Nesta medida, a noção de *razão comunicativa* ganha importante sentido na construção de uma visão democrática acerca do Direito, que deságua no resgate comunicativo-político, por meio do qual, o *humanismo realista* enxerga as possibilidades de emancipação nos horizontes de *re-construção* do *projeto moderno* do Direito, em crise de legitimidade e de sentido, no mundo contemporâneo;

v) sobre a ineficácia do Direito:

v.1.) *pluralismo jurídico*: o *pluralismo jurídico* se preocupa com a constatação de que o Direito moderno, e a sua forma de atuação, pautada pela legalidade estatal, formal, centralizada e burocrática é ineficaz,³⁵ considerando-se que os instrumentos tradicionais do Direito, para operar justiça social em larga escala na sociedade, deixam o rastro de um excesso de formalismos e retóricas, e um dé-

35 “Isso transposto para o jurídico nos permite consignar que a estrutura normativa do moderno Direito positivo formal é pouco eficaz e não consegue atender à mundialidade competitiva das atuais sociedades periféricas que passam por distintas espécies de reprodução do capital, por acentuadas contradições sociais e por fluxos que refletem tanto crises de legitimidade quanto crises na efetivação da justiça” (WOLKMER, 2006, p. 183).

ficit gigantesco de justiça social e igualdade.³⁶ Nesta medida, Antonio Carlos Wolkmer transcende os quadros comuns da aceitação da *forma moderna* do Direito, para pensá-lo, histórica e sociologicamente, para além das fronteiras da *modernidade europeia*, sequioso de encontrar uma *modernidade latino-americana* emancipada para a formulação de experiências de um *Direito pluralista e democrático* de matriz latino-americana;

v.2.) *humanismo realista*: a crise de ineficácia do Direito, na realidade brasileira, é notória, e pode ser diagnosticada da forma mais dramática possível, enquanto revelação do desmanche, da diluição e da liquidez do *projeto da modernidade*. Aqui, seja através das bases sociológicas fornecidas por Jean-François Lyotard, seja através das concepções sociológicas de Zygmunt Bauman, torna-se possível enxergar que o Direito moderno se encontra em crise, e carece de ser revisado. A constatação da crise é necessária para que o jurista desperte de seu *sono dogmático*, e, com isso, os saberes jurídicos possam se renovar, na tentativa de responder aos desafios particulares da realidade brasileira e, de modo lato, da realidade latino-americana. Ali onde as desigualdades sócio-econômicas, as violências, as intolerâncias e as injustiça sociais medrarem, o conjunto de compromissos do Estado Democrático de Direito restará em estado instabilidade, ameaça e crise de legitimidade;

vi) sobre a teoria das fontes do Direito:

vi.1.) *pluralismo jurídico*: as preocupações centrais do *pluralismo jurídico* de Antonio Carlos Wolkmer haverão de desaguar, naturalmente, na exigência de renovação da *teoria das fontes do Direito*, ao lado dos fundamentos e do objeto do Direito.³⁷ Diante da concep-

36 “O esfacelamento da modernidade, e a percepção desta sensação de passagem, tornam os olhos filosóficos da contemporaneidade crítico de todo o imperialismo da racionalidade moderna” (BITTAR, 2014, p. 87).

37 “Este pluralismo legal ampliado e de ‘novo tipo’ impõe a rediscussão de questões substanciais como as ‘fontes’, os ‘fundamentos’ e o ‘objeto’ do Direito” (WOLKMER, 2001, p. 233).

ção tradicional, verifica-se um exaurimento da formulação da *teoria das fontes do Direito*, uma vez que está marcada por duas exigências: i) de um lado, a *estatalidade* das fontes do direito; ii) de outro lado, a *coercibilidade* das fontes do direito. Aqui estão os dois vícios que tornaram a *teoria tradicional das fontes do Direito* um capítulo anquilosado da *Teoria do Direito*. Neste ponto, a contribuição de Antonio Carlos Wolkmer se faz presente de modo incisivo para: i) reconhecer que, ao lado da *estatalidade*, há também, a não-estatalidade;³⁸ ii) reconhecer que a *coercibilidade* não é um traço essencial das fontes do Direito, que podem muito bem conviver com outras lógicas, como, por exemplo, a lógica da conciliação, a lógica da mediação,³⁹ a lógica da restauração, a lógica da pacificação de conflitos sociais. Neste ponto, o *pluralismo jurídico*⁴⁰ elabora uma fusão importante de horizontes, entre a *Teoria do Direito* e a *Teoria Social*, e, por consequência, entre a normatividade do Direito à normatividade da Sociedade;

vi.2.) *humanismo realista*: no âmbito da *Teoria do Direito*, a matriz positivista deixou um legado responsável por criar um vácuo entre *fontes materiais* e *fontes formais* do Direito. A formulação de uma *Teoria Crítica das fontes do Direito* implica a tarefa de, em primeiro lugar, reconhecer a crise da teoria das fontes, diante da complexidade do mundo contemporâneo, e de, em segundo lugar, avançar no sentido de construir os caminhos para a identificação da *multiplicidade* (fontes) dentro da *unidade* (teórica). O Direito é um fenômeno plúrimo, e suas transformações nem sempre são captadas ou

38 “Avançando na presente temática, pode-se, agora, consignar uma nova interpretação da natureza do pluralismo, ou seja, sua especificidade não está em negar ou minimizar o Direito estatal, mas em reconhecer que este é apenas uma das formas jurídicas que podem existir na sociedade. Deste modo, o pluralismo legal cobre não só práticas independentes e semi-autônomas, com relação ao poder estatal, como também práticas normativas oficiais/formais e práticas não-oficiais/informais” (WOLKMER, 2006, p. 188).

39 Sobre mediação, conciliação, arbitragem e juizados especiais, vide WOLKMER, 2001, p. 297 e ss.

40 Sobre outras fontes do direito, vide o Capítulo V (O pluralismo jurídico nas práticas de justiça participativa), em WOLKMER, 2001, p. 285 e ss.

compreendidas pelos juristas, tamanho o dinamismo com o qual o Direito sofre transformações inerentes à vida social. Por isso, o quadro tradicional aponta para lei, jurisprudência, princípios e doutrina. Mas, na verdade, atualmente, deve-se falar em legislação, tratados internacionais, convenções coletivas, princípios do Direito (incluindo os princípios gerais do Direito, os princípios constitucionais e os princípios especiais do Direito), negócios jurídicos, analogia, jurisprudência (incluindo os precedentes judiciais), costumes (incluindo, os costumes comunitários e as práticas dos povos tradicionais), a doutrina (incluindo os enunciados doutrinários), a equidade e, sobretudo, aquilo que se adotou chamar de '*práticas contemporâneas de cidadania*' (incluindo a sentença arbitral, as práticas de conciliação, mediação e justiça restaurativa, bem como as deliberações de políticas públicas participativas).⁴¹ Nesta visão, o Direito é um fenômeno plúrimo, diverso, que envolve um grupo alargado de compreensão das fontes do Direito, onde a marca da Sociedade se expressa no interior vivo do Direito, qualificando-o para o desafio permanente de satisfação dos horizontes de justiça;

vii) sobre os direitos humanos:

vii.1.) pluralismo jurídico: o *pluralismo jurídico* se preocupa com a categoria dos direitos humanos, que é estudada em perspectiva contra-hegemônica e intercultural, enquanto aspecto central de organização das lutas por dignidade humana e, neste tocante, é não somente considerada uma dimensão focal das lutas emancipatórias, especialmente dos oprimidos, como também, tornada uma dimensão especialmente relevante para o debate jurídico contemporâneo. Ao estabelecer o elo entre as exigências democráticas e os conteúdos de direitos humanos, Antonio Carlos Wolkmer se encontra com a necessidade de colocar-se na vanguarda daqueles que renovam o espectro dos direitos humanos, colocando-os a serviço da luta em favor das necessidades vitais mínimas do ser humano;⁴²

41A este respeito, *vide* BITTAR, 2019, pp. 298-301.

42Cf. WOLKMER, 2001, p. 158.

vii.2.) *humanismo realista*: o diagnóstico empírico de realidade, obtido através dos *Relatórios de Direitos Humanos*, vem permitindo uma visão crítica acerca da realização e dos desafios dos direitos humanos na realidade brasileira.⁴³ A questão dos direitos humanos assume especial relevância,⁴⁴ quando se tem presente o quadro concreto de uma sociedade desigual, periférica, violenta e injusta. Nesta medida, ali onde o filósofo alemão Jürgen Habermas aponta para os direitos humanos como *utopia realista*,⁴⁵ aponta-se para um *horizonte normativo* de exigências que permite a orientação da ação social em favor da dignidade de cada um(a), e, ao mesmo tempo, de todo(a)s, numa luta por horizontes de convívio social marcados pela igualdade, pela diversidade, pela liberdade, pela solidariedade e pela justiça;⁴⁶

viii) sobre a democracia:

viii.1.) *pluralismo jurídico*: o *pluralismo jurídico* se preocupa com a busca por autonomia dos atores sociais,⁴⁷ através da democracia participativa, apontando para o aprimoramento, o aprofundamento e a transformação da qualidade da democracia, de democracia liberal, formal e parlamentar, em democracia participativa, inclusiva e pluralista, com a ampliação de foros de participação e com a mul-

43 A este respeito, consulte-se BITTAR, 2019, pp. 89-90.

44 “Os direitos fundamentais têm a função de consentir o desenvolvimento de uma esfera pública através da qual possam se projetar os encontros intersubjetivos que potencializam a vida política e a intensidade da troca comunicativa racional de ato nível. Não são simplesmente salvaguardas do indivíduo, mas também salvaguardas da subsistência social” (BITTAR, E. C. B. 2013, p. 628).

45 Consulte-se HABERMAS, 2012.

46 “Nessa perspectiva, a defesa inarredável de uma sociedade mais justa, livre, igualitária e solidária é o *centro de força* da proposta teórica de um *humanismo social, democrático e republicano*” (BITTAR, 2019, p. 54).

47 “Afirma-se, assim, a proposta configurada por um certo tipo específico de pluralidade jurídica – aberta, flexível, participativa e democrática –, síntese de todos os interesses cotidianos, individuais e coletivos” (WOLKMER, 2006, p. 184).

tipificação dos atores envolvidos nos processos deliberativos, como via de realização de inclusão, de cidadania e de participação social. Os horizontes de pesquisa em democracia participativa se fundem com os horizontes por novas formas de constitucionalismo, o constitucionalismo latino-americano, a partir do qual se pode perceber a emergência de novas formas de sociabilidade, onde o reconhecimento da diversidade, a autonomia dos povos tradicionais e os direitos da natureza encontram o sua emergência reconhecida e simbolicamente destacada;⁴⁸

viii.2.) *humanismo realista*: a modernidade periférica e incompleta da realidade brasileira, considera da história político-econômica marcada por séculos de colonialismo, e por períodos republicanos de instabilidades, ditaduras e golpes, forma um ambiente político onde a tradição dos valores democráticos não se firmaram. Ali onde estão nominalmente citados e referenciados, são apenas lustros para os discursos normativos e para a definição autorizada das instituições democráticas. No entanto, as práticas cotidianas desmentem a realidade institucionalizada, o que permite apreender o profundo *déficit democrático*, no plano da cultura, no plano das práticas e no plano das instituições, a demonstrar que a vocação democrática brasileira ainda é embrionária. Neste sentido, a aposta na democracia deliberativa e participativa é o caminho para a construção das vias interrompidas do aprofundamento, da qualificação e da mudança cultural, sabendo-se que todas são requeridas para as tarefas (presentes e futuras) de consolidação da democracia na realidade brasileira. Neste sentido, o vínculo interno entre democracia e direitos humanos, da forma como vem elaborado pelo filósofo alemão Jürgen Habermas,⁴⁹ é o fio condutor da análise e dos desafios ainda a serem enfrentados no plano prático, para a ampliação da cidadania na realidade brasileira.

48 Cf. WOLKMER; WOLKMER, 2015, p. 40.

49 *Vide* BITTAR, 2013.

4. Conclusões

A melhor forma de homenagear uma carreira acadêmica é demonstrar os elos que o legado de um modelo teórico, o *Pluralismo Jurídico*, pôde deixar atrás de si. A homenagem serve de mote, para a noção de *continuidade*, a partir dos ecos do que um determinado *paradigma epistemológico* foi capaz de fertilizar. Neste particular, este artigo pretendeu olhar de perto a relação entre *Humanismo* e *Direito*, no interior da obra de Antonio Carlos Wolkmer. E, ao fazê-lo, foi possível perceber que esta relação não assume papel lateral, mas sim papel central, na configuração do modelo teórico de Antonio Carlos Wolkmer. Em verdade, a questão do *Humanismo* assume a qualidade de sua *práxis teórica*. Ele não é ponto de partida de sua obra, mas é um tema que irá se impor, ao longo de seus trabalhos. É com a formulação da proposta do *Humanismo Jurídico* que se apontará para um horizonte de *humanização do Direito*. Para isso, a formalidade, a abstração e a legalidade do Direito moderno, enquanto características do Direito estatal, não bastam para a concepção de Direito desenvolvida no interior do modelo teórico do *Pluralismo Jurídico*. Por isso, exsurge, ao modo de uma reação teórica, uma visão de Direito democrático, pluralista, transformador e emancipatório.

Será assim que, numa perspectiva latino-americana, o modelo teórico de Antonio Carlos Wolkmer encontrará nos direitos humanos um importante campo de reflexão e luta por efetividade. O diagnóstico histórico-sociológico funciona, aqui, como pano de fundo acerca da realidade brasileira, e, latino-americana, para apontar para os déficits no campo das injustiças, das desigualdades sócio-econômicas e das violências. O Direito moderno e estatal é ineficaz em sua capacidade de gerar as condições para a transformação social, inclusão e realização da dignidade de todos(as) e de cada um(a). Neste particular, Antonio Carlos Wolkmer é um dos pioneiros, na literatura jurídica nacional, em apontar para uma perspectiva latino-americana, contra-hegemônica, decolonial e, ao mesmo

tempo, em apontar para a formulação de uma 5ª. nova dimensão para os direitos humanos.

Além das marcas do pluralismo e dos direitos humanos, a concepção desenvolvida no interior do *Pluralismo Jurídico* se alimenta de inúmeras influências e concepções, que lhe são prévias. Da mesma forma, o *Pluralismo Jurídico* também foi capaz de provocar impactos teóricos, mudar mentalidades, influenciar políticas públicas, emancipar consciências, gerar ações e projetos, além de afetar positivamente a qualidade do ensino jurídico que se desenvolve entre nós. Tudo isto pode ser identificado como caminho para inúmeras análises e leituras dos desdobramentos da obra e do pensamento do Homenageado. Mas, a exiguidade de espaço impediram que estes aspectos também fossem analisados e aprofundados, no desenvolvimento deste Artigo, aspectos que também mereceriam ser alvo de estudos e meticulosa reconstrução. No entanto, este artigo fez uma outra opção, voltada para identificar os pontos de conexão entre dois projetos teóricos diferentes, mas convergentes.

Desta forma, este artigo enfatizou a construção de uma *cartografia conceitual*, construída em torno de dois projetos teóricos convergentes, procurando identificar e analisar, de forma itenizada, alguns pontos de conexão que unem ambos os modelos: o *Pluralismo Jurídico* e o *Humanismo Realista*. O segundo é devedor do primeiro, pois dele absorveu as bases histórico-sociológicas, sem as quais não poderia ter sido construído. O frutuoso diálogo e as trocas intelectuais havidas nos últimos anos permitiram que esta dívida fosse proposital. Assim, o artigo ainda procura, na linha de ênfase na análise da *humanização do Direito*, dar continuidade a este diálogo entre pensamentos, ao lançar-se na identificação de pontos focais nos quais os dois modelos teóricos se pronunciam acerca de preocupações comuns, evidentemente, ressaltadas as identidades que lhes garantem a tessitura de sua autonomia teórica e as particularidade que as caracterizam, quais sejam: i) a concepção de humanismo; ii) os saberes jurídicos; iii) a emancipação social; iv) a racio-

nalidade o Direito; v) a ineficácia do Direito; vi) a teoria das fontes do Direito; vii) os direitos humanos; viii) a democracia. Nestes oito pontos de conexão, a análise dos dois modelos apenas permite identificar afinidades, conexões e potencialidades comuns. De toda forma, este é apenas um mapeamento pontual, pois o mais importante é a percepção comum de que a transformação, a participação e a emancipação devem qualificar as práticas do Direito, enquanto mecanismo para dignidade, liberdade, igualdade, justiça, respeito às diferenças, solidariedade e cidadania.

Referências

- BITTAR, E. C. B. *Introdução ao Estudo do Direito: humanismo, democracia e justiça*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BITTAR, E. C. B. *Democracia, justiça e emancipação social: reflexões jusfilosóficas a partir do pensamento de Jürgen Habermas*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- BITTAR, E. C. B. *O direito na pós-modernidade*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- HABERMAS, J. O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos, in *Sobre a Constituição da Europa: um ensaio*, Tradução de Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: UNESP, 2012.
- SOUZA, J. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Rio de Janeiro: IUPERJ; UFMG, 2006.
- WOLKMER, A. C. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.
- WOLKMER, A. C. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- WOLKMER, A. C. *História do Direito no Brasil*. 4.ed. São Paulo: Forense Universitária, 2007.
- WOLKMER, A. C. *Ideologia, Estado e Direito*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- WOLKMER, A. C.. Humanismo e cultura jurídica latino-americana, *Humanismo e cultura jurídica no Brasil* (WOLKMER, A. C., org.), Florianópolis, Fundação Boiteux, 2003, pp. 19-39.
- WOLKMER, A. C. (coord.). *Fundamentos do humanismo jurídico no Ocidente*. Barueri: Manole; Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- WOLKMER, A. C. Pluralismo jurídico, impactos da globalização e ressignificação intercultural dos direitos humanos, *Direito, Crítica e Decolonialidade: perspectivas contemporâneas* (TEIXEIRA, J. P. A., org.), 2021, pp. 13-30.

- WOLKMER, A. C.; LEITE, J. R. M. (orgs.). *Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- WOLKMER, A. C.; WOLKMER, M. F. S. Pluralismo jurídico y constitucionalismo emancipador desde el Sur, *Actas-Colóquio Internacional Epistemologias do Sul* (SANTOS, B. S.; CUNHA, T. - eds), volume 2, junho 2015, pp. 31-49.

Pluralismo jurídico, institucionalidad estatal democrática y reforma de la enseñanza de la historia del derecho

Eric Eduardo Palma, María Francisca Elgueta

1. Introducción

Hablar de pluralismo jurídico es enfrentar el dogma positivista del imperio de la ley estatal, cuestionar el rol del Estado como fuente única o fundamental de normas jurídicas y avanzar en la utilización de un nuevo utillaje conceptual que de espacio y oxígeno a otras formas jurídicas de lo jurídico. Los iuspluralistas cuestionan la identidad Derecho-Derecho estatal; la centralidad del Derecho estatal en la regulación jurídica moderna y en su producción; sostienen que el Derecho estatal puede no ocupar el lugar principal dentro de esa multiplicidad de centros; recurren a presupuestos teórico-epistemológicos distanciados del paradigma jurídico dominante y lo confrontan (LÓPEZ, 2014).

2. Condiciones materiales que facilitan la aceptación del pluralismo jurídico

Latinoamérica pasa por un momento complejo desde el punto de vista de la profundización de la democracia: los habitantes la conciben como problemática. En el lustro 2012-2017 se empeoró el apoyo a la democracia cayendo un punto promedio por año (el 2017 la apoya el 53% de la población de 18 países): “La democracia como el mejor sistema de gobierno...disminuye cinco puntos porcentuales entre 2016 y 2017 de 75% a 69%”¹.

1 LATINOBAROMETRO, INFORME 2017, acceso en línea en <http://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp>

Desde el año 2004 se viene detectando que más del 70% de los habitantes de 18 países creen que la democracia funciona con problemas. El grado percibido de democracia no es alentador. Sólo un 5% de los ciudadanos dice que hay plena democracia. Un 27% dice que hay pequeños problemas mientras un 45% dice que hay grandes problemas y un 12% dice que no hay democracia. Un 11% no responde.

La satisfacción con la democracia cae por cuarta vez consecutiva de 34% en 2016, a 30% en 2017, ello a pesar del crecimiento en 2017. La población cree que los políticos no gobiernan en función de los intereses de la mayoría: “Consecuente con la crítica al tipo de régimen y a su desempeño es la percepción de que se gobierna para los intereses de unos pocos. Este indicador aumenta por segundo año consecutivo de 73% en 2016 a 75% en 2017 (en 2015 era 67%). Los gobiernos son crecientemente criticados porque no defienden los intereses de la mayoría”².

El Informe señala que: “La institución del parlamento es una de las instituciones de la democracia que concita los menores grados de confianza”; respecto de los partidos políticos se señala: “La confianza en los partidos políticos es la más baja de la lista de instituciones de la democracia, y de las medidas en el año 2017. Sólo un 15% de los latinoamericanos confía en los partidos políticos. El mínimo que han alcanzado es 11% en el año 2003, el máximo fue 28% en el año 1997, hace veinte años. El país que más confía en los partidos políticos es Uruguay con 25%, y el que menos Brasil con 7%”³.

Uno de cada cuatro latinoamericanos es indiferente al tipo de régimen, avanzando a un 25%. Así las cosas, podría configurarse la paradoja que se use la democracia para avanzar hacia un régimen no democrático: a uno de cada cuatro latinoamericanos este fenómeno le resultaría indiferente.

2 LATINOBAROMETRO, INFORME 2017, p. 17

3 LATINOBAROMETRO, INFORME 2017, p. 26

En relación con la corrupción, medida en escala de 1 a 10, en que diez es mucho: “Los latinoamericanos ubican el grado de corrupción de los gobiernos en el 7.5, el congreso, las municipalidades y los tribunales de justicia en el 7.4. Los sindicatos y las grandes empresas en el 7.1”⁴, sin embargo, esta irregularidad no es identificada como el principal problema, salvo en algunos casos, como Brasil.

¿En qué medida el debilitamiento de las instituciones estatales perjudica la consolidación del enfoque pluralista, o dicho de otra manera, un Estado amenazado por la corrupción, la mala evaluación del Parlamento, del Gobierno y de la Justicia, así como por una desafección con el sistema democrático, entorpece el avance del pluralismo jurídico como episteme o paradigma jurídico? ¿Una educación jurídica estatal o pública debilitada y dañada en su autonomía y democracia interna favorece la penetración del pluralismo en el proceso formativo? ¿A pesar de que el pluralismo jurídico crece a costa o en contra de la idea de un Derecho estatal monóplico, y que la crisis de este Estado y esta creencia está en la base de su auge, la pregunta por el éxito del pluralismo jurídico puede escapar a estas consideraciones? ¿Hay un escenario institucional que favorece o entorpece la transformación institucional que lleva al pluralismo?

Ya en el año 2004 señalaba el PNUD la relevancia de la democracia para la viabilidad de la promoción de los derechos: “En este sentido, la democracia es el marco propicio para abrir espacios de participación política y social, en especial para quienes más sufren: los pobres y las minorías étnicas y culturales” (2004, 25).

El Informe concluía que: “La preferencia de los ciudadanos por la democracia es relativamente baja. Gran parte de las latinoamericanas y los latinoamericanos valora el desarrollo por encima de la democracia e incluso le quitaría su apoyo a un gobierno democrático si éste fuera incapaz de resolver sus problemas econó-

4 LATINOBAROMETRO, INFORME 2017, p. 38

micos. Las personas no demócratas pertenecen en general a grupos con menor educación, cuya socialización se dio fundamentalmente en períodos autoritarios, tienen bajas expectativas de movilidad social y una gran desconfianza en las instituciones democráticas y los políticos” (PNUD, 2004, p. 29) Llamaba también a fortalecer la institucionalidad y una cultura política promotora de una participación ciudadana equitativa en beneficio de los más desfavorecidos del continente.

Los estudios de Barreda (2011) avalan la relevancia de un sistema democrático comprendido no sólo desde el punto de vista procedimental sino también sustantivo y finalistas para el éxito del pluralismo. Cantillana y otros (2017) sostienen por su parte que la desigualdad y la pobreza explica en buena medida los problemas de adhesión que presenta el sistema democrático en América Latina: de hecho, la ausencia del reconocimiento de los derechos colectivos de las comunidades y pueblos indígenas al construir la noción de calidad de la democracia y malestar con la democracia indica que el pluralismo no tensionaba apropiadamente la institucionalidad democrática como garantía de viabilidad.

Creemos que el pluralismo jurídico tiene condiciones materiales que favorecen o entorpecen su desarrollo. No se ha reparado de modo suficiente en que la viabilidad del pluralismo jurídico requiere de un aparato estatal y democrático fuerte. Aceptar que existe una relación directamente proporcional, esto es a mayor vigor de las instituciones estatales y de la democracia participativa mayores condiciones de viabilidad del pluralismo jurídico, implica cuestionar la idea según la cual la fortaleza del Estado y su institucionalidad democrática juegan sólo a favor del monismo jurídico.

¿Cómo es que se logra que la institucionalidad estatal conformada por el Gobierno, el Parlamento, la Judicatura favorezca este proceso? Por la influencia de las minorías sobre los partidos políticos y los mecanismos de poder institucional. Sin la lucha democrática de las comunidades indígenas de Perú, Ecuador y Boli-

via para influir eficazmente en el reconocimiento de la interculturalidad por el Estado y la Constitución, habría muy poco espacio para el pluralismo jurídico.

La literatura da pie para esta suerte de despreocupación por el devenir del sistema estatal y democrático: "...las fuerzas sociales...buscan dotarse de una racionalidad que pretende tomar distancia de los procedimientos de formalización del derecho para dar lugar a mecanismos más flexibles que les permiten apropiarse lentamente de sus condiciones objetivas de existencia sobre bases no estatales" (RODRÍGUEZ, 1991, p. 94).

Rodríguez (1991, p. 104) va todavía más lejos y sostiene que hay un pluralismo jurídico estatal que reconceptualiza los derechos sociales, económicos y culturales:

[...] adecuándose a las formas más actualizadas de la autogestión y participación como modalidades novedosas de reorganización de las relaciones capital-trabajo. Aquí se comienza a dibujar una redefinición entre lo público y lo privado en la medida en que la sociedad civil se estatiza o, en otras palabras, el Estado se mimetiza dentro de la denominada sociedad civil. En este sentido, puede decirse, constituye un movimiento de desjuridización juridizante de las relaciones sociales de producción. Desjuridización en la medida en que se tiende a desmontar parte de la estructura jurídica anteriormente existente. Juridizante en el sentido en que se tiende a formalizar las estructuras comunitarias que se producían de manera informal con el propósito de proveerlas de una estructura de obligatoriedad y coerción que permitan la copresencia del funcionamiento estatal dentro de su circuito y lógica de funcionamiento.

Este fenómeno no afecta a lo que el autor denomina pluralismo jurídico popular, diferente del estatal, y que es presentado por él como la alternativa ante un pluralismo que se experimenta como amenazante para las instancias populares: "Si el movimien-

to popular se plantea y reconoce sus diversas estructuras de sociabilidad como pertenecientes a un sistema jurídico paralelo, alternativo, como mecanismo autodefensivo que tiende a garantizar su poder social, debe pensar bien a fondo sobre los mecanismos de producción y circulación de esa juridicidad como, al mismo tiempo, interrogarse sobre el impacto y significación social y política de la formalización de su derecho comunitario” (RODRÍGUEZ, 1991, p. 105).

Siguiendo una perspectiva de análisis semejante, se habla hoy día de un “pluralismo jurídico de perfil global” para proponer una comprensión del mismo dentro del proceso de globalización y auge del mercado mundial (HERNÁNDEZ, 2014).

Desde 1991 a la fecha ha transcurrido suficiente tiempo como para advertir que el debilitamiento del Estado caminó de la mano del deterioro de la institucionalidad democrática y del desprestigio de la totalidad de las instituciones estatales. Fenómenos que tienen la potencialidad para dañar ambas formas de pluralismo. Las fuerzas que han intervenido en este debilitamiento no favorecen el accionar de las minorías, sino, la privatización de las funciones públicas relativas a la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales. El caso chileno es paradigmático al respecto: la venta de los servicios básicos a manos del empresariado (salud, previsión, educación, acceso al agua) se da en un contexto de Estado débil y sistema democrático en declive.

También debemos observar con preocupación algunas manifestaciones del fenómeno de la paralegalidad en virtud del cual la superación del Estado por formas de asociación incluso criminales, pueden poner término al proceso de recuperación y proyección de la cultura minoritaria: “Por esta razón, su poder disciplinario es mayor que el de la legalidad vigente; ejemplo en la reciente escena mexicana lo constituyen las acciones desplegadas por el crimen organizado. Asimismo, es más peligrosa que la mera ilegalidad, pues despolitiza y silencia a partir del uso de la violencia y de una estéti-

ca del terror, cuyos efectos contrainsurgentes se dirigen a desactivar la organización de pueblos indígenas y movimientos sociales” (DE LA TORRE, 2014).

El paso de la condición de minoría a un plano de igualdad formal y material no puede ser dado con solvencia por la gran mayoría de las comunidades indígenas, sin una primera fase de acciones positivas de discriminación por parte del Estado democrático que las reconoce como legítimos actores de la vida socioeconómica. Dada su situación desventajosa como espacio de poder económico, social y político, requiere de instituciones estatales prestigiadas y de un sistema democrático legitimado: poco sirve al pluralismo jurídico acceder al poder político si este ha sido desprestigiado por las fuerzas populistas neoliberales. Baste recordar lo denunciado el año 2012:

Son frecuentes los casos en donde las instituciones formales como jueces, ministerios públicos u ombudsman interfieren en el ejercicio de las facultades de las autoridades indígenas sin reconocerlas en principio como autoridad y sin tomar en cuenta las especificidades culturales del sistema jurídico indígena que se manifiesta a través de las resoluciones comunitarias. Esta interferencia desinformada suele crear inestabilidad interna y procesos de descomposición del tejido social, mismas que las nuevas normas constitucionales buscan promover y respetar.

...Es obligación de un Estado, que ha definido a su nación como pluricultural, y de sus jueces, proveer de instancias que propicien el diálogo y la comprensión de la pluralidad de culturas que lo constituyen, en caso contrario el Estado siempre estará sesgado por una de las diversas culturas que componen su nación (MARTÍNEZ; STEINER; URIBE, 2012, p. 36, p. 42).

No se trata en nuestro planteamiento crítico de que estemos construyendo una paradoja, porque no afirmamos que su éxito de-

penda del Derecho estatal. Lo que sostenemos es que la política estatal de un Estado democrático no centralista ni homogeneizador es una base material necesaria de un pluralismo jurídico visibilizado y exitoso como propuesta epistémica y teoría jurídica. Sabemos que el pluralismo jurídico es un hecho. La pregunta inspiradora de la reflexión no está referida a la existencia de este hecho, sino, a qué condiciones deben concurrir para que la totalidad de la sociedad acepte y esté disponible para promover los efectos cognoscitivos, teóricos, que ese hecho provoca en la idea misma de Derecho que dicha mayoría acepta y vive legítimamente (generalmente con un profundo desdén por otras formas jurídicas).

Wolkmer señala que: “Então o cenário não estará no Estado, nem no mercado, mas sim na sociedade civil e na força do poder comunitário, enquanto novo espaço de convivência, de efetivação da participação, da pluralidade e da interculturalidade. Em sua capacidade geradora, o poder comunitário proporciona aos horizontes institucionais novos valores interculturais, novos procedimentos plurais de prática política e de acesso à justiça, projetando novos atores sociais, como fonte de legitimação do espaço sociopolítico e da constituição emergente de direitos” (2015, p. 96). Por nuestra parte sostenemos que el espacio para el crecimiento de la sociedad civil será más fácil de construir en la medida que la institucionalidad democrática tenga un grado relevante de legitimidad.

Un planteamiento central en nuestro trabajo es que el avance del pluralismo jurídico se ve afectado negativamente por el debilitamiento de la institucionalidad estatal y democrática. Ello porque su progreso va de la mano de la configuración de una nueva cultura constitucional cuyos operadores son precisamente las instancias políticas gubernativas, parlamentarias y judiciales. Si ellas se debilitan gravemente impactan negativamente en la posibilidad de que un Estado democrático avale, respalde y promueva el establecimiento de una nueva cultura constitucional y jurídica que de soporte al pluralismo jurídico.

Creemos que para iniciar una transformación que tenga éxito a largo plazo se requiere, junto al fortalecimiento de la institucionalidad democrática, un cambio de la cultura constitucional y de la cultura jurídica en general, que a su vez necesita de una institucionalidad democrática estatal legitimada y valorada por la población que así acepta, respalda, y apoya esta transformación. Wolkmer presentó este problema y un camino para avanzar en su solución ya el 2006: “De esta manera, toda y cualquier propuesta de transformación y organización urbano-industrial de masa en el espacio público periférico y dependiente, pasa hoy, necesariamente, por políticas democráticas basadas en la ‘descentralización’, ‘participación’ y ‘control de las bases’” (2006a, p. 221).

Más y mejor institucionalidad en favor de la democracia para asegurar que su vivencia no pierda el papel que debe jugar en todo proceso emancipatorio. Se trata como dice Boaventura Santos, a propósito de los derechos humanos, de pensar en su reconstrucción para que sean una contribución a la emancipación de los pueblos: es “necesario distinguir las concepciones hegemónicas de los derechos humanos –destinadas, a mi entender, a legitimar las ideologías de individualismo propietario y, en consecuencia, a reproducir el (des)orden social capitalista, colonialista y patriarcal que domina nuestro tiempo–, de las concepciones contrahegemónicas que ofrecen concepciones alternativas de autonomía potencialmente orientadas a la creación de una sociedad más justa y más digna” (2014, p. 19).

3. ¿Qué educación jurídica hace posible que los operadores del Derecho respeten el derecho de distintos sectores para desarrollar su propia concepción de mundo, sociedad, individuo y su correlativo orden jurídico?

Los operadores del Derecho suelen ocupar un porcentaje no menor de escaños en el Parlamento y en la jefatura del Gobierno por

lo que su idea acerca del Estado y del Derecho, fruto de su proceso formativo en las Escuelas de Derecho, influye en sus primeras aproximaciones al pluralismo jurídico. Dado el predominio de visiones tradicionales sobre la importancia de la tradición jurídica occidental, el rol del Estado y el papel de los pueblos y comunidades indígenas en la sociedad occidentalizada que se le enseñó a valorar, las abogadas y abogados pueden configurarse en un obstáculo de tono mayor para la legitimación del pluralismo jurídico.

3.1. Educación para la formación de un sujeto histórico-amoroso

López (2014, p. 53) sostiene que:

el pluralismo jurídico propone una forma de concebir y de abordar el estudio del Derecho, que desafía la dominante, conviene hacer explícitos algunos principios que laten tácitos en su seno: (i) replantear las fronteras entre ser y deber ser, (ii) contaminar el análisis con elementos contextuales (culturales, políticos y sociales), (iii) desplazar al Estado como centro analítico privilegiado, (iv) incluir el análisis jurídico a los elementos sustanciales junto a los formales, (v) objetividad reconstruida, neutralidad inexistente. Explicitarlos permite dimensionarlos y contribuye a avanzar en la propuesta epistemológica iuspluralista.

Dado que los pueblos indígenas no viven fuera del mundo estatal globalizado, sino que dentro de él, la interculturalidad debe tener a la vista las bases materiales de la recreación de la cultura dominante, que en muchos casos deben ser denunciadas como una amenaza para la interculturalidad en la medida que ponen en riesgo la recreación de la cultura minoritaria. La interculturalidad, dice la UNESCO debe ser crítica: “se enfoca no solamente en el diálogo entre las diversas culturas, sino que se plantea profundizar en las causas de las asimetrías. En ese sentido señala que, cuando se

plantean relaciones en que están inmersas diferentes culturas, incluyendo la hegemónica, y siendo el diálogo un componente clave de la interculturalidad, hay que preguntarse por las condiciones del diálogo... La interculturalidad nos plantea a nivel político la necesidad de trabajar por una democracia que incluya a todos y que respete y se fortalezca con la perspectiva, los conocimientos y la visión del mundo de los diversos pueblos y culturas que habitan el país” (OREALC/UNESCO, 2017, p. 34).

La educación jurídica en todo y cada uno de los campos legales no puede entenderse en el estado actual de los ordenamientos jurídicos de América Latina, separada del orden constitucional ni del derecho internacional de los derechos humanos recogido en las cartas constitucionales. Ello impone el deber para el profesorado de dar noticia de los cambios que ha venido experimentando el Derecho privado y el público en las últimas décadas, y como se ha venido transformando el panorama de las fuentes del Derecho y de la interpretación jurídica.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos debe ser conectado con las distintas normativas internas en el salón de clases y en el trabajo dogmático. Ello facilitará que la judicatura que actúa en un Estado pluralista democrático comprenda que: “... tanto las autoridades indígenas como las estatales, son corresponsables de la manutención de un estado de derecho democrático de las naciones pluriculturales y por supuesto de uno de sus pilares fundamentales: los DDHH, que lejos de ser un patrimonio de las autoridades estatales, son un discurso que impulsa a una sociedad a vivir en paz, armonía y prosperidad. Los DDHH son prerrogativas de las personas que se ejercen frente al Estado y no prerrogativas de los Estados para limitar las formas de vida de las personas” (MARTÍNEZ; STEINER; URIBE, 2012, p. 39).

Sólo de esta manera podrá contribuirse a la superación de una conducta que resulta recurrente: “Muchos actores del sistema de justicia estatal aseveran que no existe una jurisdicción indígena,

o que existen obstáculos importantes para su ejercicio, mostrando un desconocimiento o limitada interpretación de las leyes que al respecto se han promulgado en sus países. También es común que las autoridades jurisdiccionales reflejen esquemas de interpretación rígido que debilitan una mejor comprensión y coordinación de sistemas jurídicos” (MARTÍNEZ; STEINER; URIBE, 2012, p. 34).

Nos parece que una fórmula exitosa requiere, junto al relevante trabajo descrito, que se adopte también una perspectiva histórica crítica. La educación jurídica debe denunciar la opresión que facilitó el Derecho en ciertas coyunturas históricas respecto de quienes se consideraron inferiores, y que implicó el predominio de una sola visión del acto de conocer, por ende, de enseñar (que para el caso del expansionismo luso hispano implicaba civilizar y evangelizar).

La educación jurídica interesada en el pluralismo jurídico parece estar atada indefectiblemente al conocimiento histórico en la medida que se pretende superar, como dice Alejandro Medici: “la manera positivista y analítica de aproximarse al Derecho, que lo reduce a proposiciones lógicas susceptibles de ser entendidas axiomáticamente por la teoría jurídica, desgajando el Derecho en tanto lenguaje técnico especializado de su contexto histórico cultural, y de la narratividad social plural que le es propia” (MEDICI, 2014, p. 68).

¿Qué práctica docente contribuye a la transformación de la cultura jurídica tradicional del abogado? La que abandona la narración de datos legales, de normas positivas descontextualizadas, y avanza hacia una apropiación del Derecho positivo como condicionante de las vivencias de gente de carne y hueso, cuyas vidas son objeto de regulación de determinadas fuerzas sociales en función de ciertos valores e intereses. No deja de lado la norma jurídica vigente sino que cuestiona su enseñanza y su evaluación (PEREIRA HUBERT, 2013; SANTOS SCHMIDT, 2013). Esta perspectiva implica contribuir a la formación de una conciencia crítica en el/

la estudiante lo que a su vez exige la superación de un cierto tipo de clase de tipo magistral, la meramente expositiva (ELGUETA; PALMA, 2014). La conciencia crítica implica una comprensión y apropiación de la realidad para su transformación (FREIRE, 2007) en miras de la construcción de una sociedad que respete la dignidad humana, la sociabilidad, la diversidad y la coexistencia de distintas cosmovisiones.

Como señala Wolkmer analizando a Warat, se necesita : “proporcionar, en las escuelas de derecho, un conjunto de instrumentos pedagógicos adecuado para que los estudiantes puedan adquirir un modo diferente de actuar, pensar y sentir, partiendo de una problemática discursiva que intente mostrar no sólo los nexos del derecho con las relaciones de poder, sino igualmente el papel de las escuelas de derecho como productoras de ideas y representaciones. Estas últimas se entrelazarán posteriormente con la actividad social como un valor a priori, lleno de certezas y de dogmatismo” (2006b, p. 40).

Un profesor interesado en hacer del acto educativo una instancia de formación de la conciencia crítica ayuda a la transformación del estudiante en sujeto histórico, esto es: 1. En un individuo consciente de sí mismo y de su valor intrínseco en tanto que individuo único. 2. Consciente de su condición de ser social y por ende conocedor de las peculiaridades del tiempo histórico que le toca vivir y de su contexto social inmediato. 3. Capaz de entender cómo las fuerzas sociales, políticas, económicas y culturales determinan las características de la sociedad en la que vive y, por lo tanto, del Derecho que la rige. 4. Interesado en denunciar el modelo tradicional de organización y en anunciar un nuevo modelo. 5. Interesado en actuar para la transformación del modelo tradicional de opresión (PALMA, 2017).

Este sujeto histórico debe ser al mismo tiempo un sujeto amoroso, es decir, convencido del valor de la vida en comunidad;

comprometido con el anuncio y promoción activa de la cultura de derechos humanos (cultura humanitaria); comprometido con la promoción de relaciones humanas en que el “otro”, el distinto, el ajeno, se vivencia como legítimo otro; y una persona consciente de sus hábitos (normalmente patriarcales), y en su caso, de la necesidad de su transformación⁵.

Un sujeto histórico amoroso al reconocer al otro como legítimo otro, está abierto a relacionarse con la cultura indígena “apreciando lo diferente y reconociéndolo como fuente de aprendizaje y enriquecimiento. La propuesta intercultural resalta la necesidad de que se establezcan puentes entre las diversas culturas y que las relaciones se den en un marco de mutuo respeto y valoración” (OREALC UNESCO, 2017, p. 33). De ahí que la cultura que interesa promover comprende tanto a los derechos humanos individuales como a los colectivos en sus interdependencias, sin perder de vista, como señala Lima de Guimarães Vargas (2013) siguiendo a Souza dos Santos, el uso malicioso que se ha hecho de los mismos por los centros de poder a partir de una racionalidad hegemónica, configurándose lo que Sandoval denomina el mito de los derechos humanos (2016): “Concebidos como principio y práctica contrahegemónicos, los derechos humanos pueden contribuir a reforzar la autonomía y la autodeterminación de los pueblos, y a una conciencia-acción ecológica robusta y anticapitalista con la cual enfrentar con éxito la vorágine del capitalismo extractivista” (SOUSA SANTOS, 2014, p. 20).

Para que la cultura jurídica sea un factor que favorece el pluralismo se requiere que en el proceso formativo del estudiante exista un espacio formal de aceptación y reconocimiento del derecho fundamental indígena a la libre determinación. Ello implica pasar de la comprensión del indígena como una criatura relativamente incapaz favorecida por la evangelización y la civilización (perspectiva característica de la cátedra de historia del Derecho) a un reco-

5 Estas ideas se publicaron al año siguiente de exponerse en Porto Alegre (PALMA; ELGUETA, 2018)

nocimiento de su cultura, de sus sistemas normativos, sus instituciones propias y el correspondiente ejercicio de la jurisdicción por parte de las autoridades indígenas.

El recurso a la historia del Derecho es imperioso si se quiere dar noticia de esta transformación, pero, ello requiere a su vez de una historia del derecho integral y crítica.

3.2. Perspectiva crítica de la Tradición Jurídica Occidental (zona oscura)

La vida social de Occidente puede caracterizarse como “la recreación milenaria de un conjunto de hábitos a los que englobamos bajo la denominación de mentalidad patriarcal, y que implican la legitimación de conductas sociales que aceptan y promueven como normales en las relaciones entre las personas: 1. La violencia. 2. La discriminación 3. La dominación, y como resultado. 4. Una jerarquía social” (PALMA, 2017). El Derecho fue empleado para garantizar la proyección de estas conductas constitutivas de lo que llamamos hábitos o mentalidad patriarcal, fenómeno que identificamos como zona oscura de la tradición jurídica occidental. Su expresión más significativa está en la regulación jurídica de la esclavitud. Las relaciones sociales en una sociedad que admite la esclavitud, aunque la condene moralmente, configuran como actos legítimos la violencia, la dominación, la discriminación sobre individuos con los que se convive cotidianamente, más todavía si ello permite justificar una jerarquía social.

Cierta historiografía realiza una operación de justificación y de legitimación de dichas conductas (como cuando se justifica la esclavitud como pena preferible a la de muerte). Con el argumento de la neutralidad y objetividad en la construcción y en la presentación del conocimiento histórico guarda silencio sobre sus causas y formas de manifestación, como si la única tarea admisible fuera limitarse a darla a conocer. La narración objetiva que se defiende como éticamente apropiada permite que valores del pasado sean

transmitidos hasta el presente como meros objetos contenidos en una narración, sin reparar en que la aparente neutralidad de la enseñanza ante la explicación binaria libre/esclavo, indio/español, capaz/incapaz y bárbaro/civilizado contiene un modelo social que todavía perdura en muchos espacios sociales, y que el mismo se erige como obstáculo para la consolidación de la nueva cultura jurídica del pluralismo. La reflexión sobre la maldad o sobre la violencia teológica no tiene cabida en la reflexión tradicional (URIBE, 2006; ETCHEVERRY, 2004, 2012)

Cabe tener presente además en la descripción que da visibilidad a la violencia, porque normalmente no se la oculta, ella se presenta acompañada de una estigmatización del vencido. Se omite en la narración histórico-jurídica mayoritaria una reflexión crítica sobre los procesos de estigmatización que implican las categorías sociales de bárbaro/civilizado, por ende, no se denuncia el sufrimiento de ciertos grupos a manos del poder que se alza como superior. Para la historia oficial pareciera que sólo existen como miserables, serlo sería una condición querida por la voluntad de Dios: algunos están llamados por su condición de superioridad a organizar la sociedad, y otros, por su naturaleza inferior, a empaparse de dicho modelo de organización que se les presenta como ideal por quienes detentan el poder (el debate jurídico y teológico conocido como Querella de los Justos Títulos o Polémica de Indias expresa con toda claridad esta visión de las relaciones humanas). Por lo tanto, como señala Wolkmer: “Cabe apostar e repensar uma episteme jurídica liberadora a partir do sujeito em luta. E o sujeito subalterno e excluído que busca a satisfação justa das suas necessidades em um outro modo de vida, e por uma convivência, que hoje se chama, na cosmovisão andina, o “buen vivir” (2015, p. 96).

La aceptación del Derecho consuetudinario indígena por la Monarquía española se hizo en un contexto de civilización y evangelización, es decir, de transformación cultural de lo autóctono. Es

un típico caso de multiculturalismo y no de interculturalidad. Una adecuada comprensión de este fenómeno requiere que se conozca la historia de lo que se transformó. Historia que da noticia de la convivencia a lo largo de varios siglos (tal como ocurrió en el proceso de expansión romano por España o en el orden medieval), de ordenamientos jurídicos basados en la fuente formal costumbre jurídica, no respaldados en un andamiaje estatal, con ordenamientos emanados del poder político y fundados en la fuente formal ley (PALACIOS ROMERO, 2016). El reconocimiento de la interculturalidad implica darle a la diversidad un sentido transformador y liberador respecto de instituciones tradicionales de dominación de lo diverso (WOLKMER, 2003)⁶.

Trasladado esto al plano del conocimiento o de la producción de saberes implicó que: “De este modo, mientras negros, indios y mestizos eran vistos como subalternos y realizaban trabajos físicos en condiciones de esclavitud y servilismo, la tarea de producir y reproducir conocimientos fue asignada a la élite intelectual criolla occidental, imponiendo y legitimando una forma de analizar y comprender el mundo” (OREALC UNESCO, 2017, p. 27). Lo que facilitó el surgimiento del denominado “colonialismo teórico y mental” de los países periféricos.

La emergencia de lo indígena como fenómeno intrascendente en el contexto de la tradición jurídica occidental (MERRYMAN, 1971), ha tenido como consecuencia que sea más relevante el reconocimiento del derecho indígena y su caducidad según la normativa jurídica castellana que la historia de las comunidades indígenas y su enfrentamiento con el Derecho del colonizador. Las comunidades emergen ante los estudiantes carentes de historia. Y lo hacen sin identidad propia, en un conjunto genérico englobado bajo la denominación de derecho indígena precolombino. En vez de caracterizar la diversidad precolombina se ocupan los indianistas de hablar de la regulación europea de esta diversidad.

6 Wolkmer distingue un pluralismo conservador, progresista-democrático y liberal.

El siglo XIX y las guerras de independencia implicaron imponer una visión del derecho de tipo individualista y centrado en la propiedad privada, lo que implicó nuevamente desatender un posible aporte de las culturas indígenas liberadas también de la opresión colonial. No hubo interés en acoger el “buen vivir” que: “reivindica formas y principios organizativos de la vida social orientados a restituir la unidad y equilibrio entre la comunidad y la naturaleza. Desde esta perspectiva, los pueblos originarios quechuas o aymaras, plantean una entrada distinta para asumir y comprender la (re)producción de la vida social, defendiendo la vida en comunidad y el respeto con el medio ambiente bajo principios de reciprocidad, complementariedad y solidaridad, elementos que hacen parte de sus códigos culturales, racionalidades, aprendizajes y formas discursivas” (OREALC UNESCO, 2017, p. 29).

Es del caso que este buen vivir ha sido incorporado al orden constitucional ecuatoriano y boliviano, como “principio ético moral y finalidad de la vida colectiva nacional que el Estado debe garantizar”. Sin embargo, dado el peso de la mentalidad, del pasado de opresión, puede ocurrir que las políticas públicas educativas no recojan cabalmente este cambio de enfoque, requiriéndose “un enfoque crítico y un ejercicio constante de vigilancia epistemológica y diálogo intercultural” (OREALC/UNESCO, 2017, p. 30).

La protección actual de la concurrencia legítima de diversidad de identidades en un mismo medio social pugna con la mentalidad patriarcal tradicional que organiza dicha concurrencia en términos de superioridad-inferioridad. Por ende, le cabe a la Historia del Derecho (considerada como cátedra e investigación) la tarea de denunciar las raíces de dicha mentalidad y su protección y promoción por la normativa jurídica.

Creemos que afecta a la vigencia del Estado de Derecho que la educación de los abogados no incorpore también una mirada crítica de la tradición jurídica occidental. Para que los profesionales del Derecho participen activa y competentemente en este proceso

de legitimación del pluralismo jurídico en amplias capas de la sociedad requieren desarrollar su conciencia crítica y relativizar el valor absoluto de la tradición jurídica occidental.

El reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas plantea un enorme desafío a la historia del Derecho en sus tres dimensiones: cátedra, metodología de investigación y objeto de estudio. Es un hecho que los programas tradicionales están al servicio de lo que hemos denominado visión eurocentrista, lo que implica no preparar a los futuros abogados para favorecer el respeto del pluralismo jurídico y la interculturalidad.

Para la historia del Derecho el desafío del pluralismo jurídico y de la interculturalidad implica en lo metodológico un reforzamiento de los lazos con las ciencias sociales; en lo tocante al objeto de estudio, una ampliación del pasado jurídico que resulta de interés para la formación de los estudiantes; y respecto de la cátedra, una ampliación de sus contenidos (estudio de las sociedades precolombinas) y un reforzamiento de una didáctica destinada a promover la conciencia sociocrítica.

La Constitución Boliviana (2009) traslada este desafío de superación de las formas y contenidos de la enseñanza tradicional al mundo de la educación superior: Bolivia se constituyó como un estado democrático e intercultural donde “la educación se define como una educación intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo – y plantea la necesidad de interculturalizar la educación superior, propuesta fundamental, pues es en la formación profesional superior en donde se ha insertado y ha echado raíces el episteme moderno, con el consiguiente desprecio social de los profesionales que salen de las universidades, imbuidos del pensamiento científico y de verdades universales, a los que conforman ese otro subalterno: los pueblos indígenas” (OREALC/ UNESCO, 2017, pp. 47-48).

4. Conclusiones

La viabilidad del pluralismo jurídico está vinculada a ciertas condiciones institucionales como la legitimación de la institucionalidad política estatal y el sistema democrático, y también, en un grado relevante, a la cultura política y jurídica de los operadores del Derecho. Si la institucionalidad democrática se deteriora o se estanca su legitimidad la posibilidad de promover exitosamente el pluralismo jurídico también se debilita. Un factor que contribuye al estancamiento de todos estos fenómenos es la formación de los operadores del Derecho, más concretamente, su formación histórico-jurídica. Si la enseñanza del pasado jurídico sigue concentrada en la validación generación tras generación de la tradición jurídica occidental, lo que implica instalar los valores del pasado en el presente, la educación jurídica seguirá siendo un obstáculo a la emergencia de un sentimiento de adhesión al pluralismo jurídico.

Para lograr una transformación de la cultura política y jurídica del operador del Derecho se requiere conectar al estudiante de Derecho, en la cátedra de Historia del Derecho, con lo que denominamos zona oscura de la tradición jurídica occidental, es decir con la denuncia que realizan los indígenas y ciertos colonizadores de las prácticas de los castellanos que anulan su libertad y los someten a un régimen de opresión.

A partir de la denuncia de la zona oscura de la tradición jurídica occidental se puede avanzar en la formación de un profesional del Derecho dotado de conciencia crítica, por ende de un abogado, juez o profesor que actúa como un sujeto histórico amoroso que valora, promueve y protege el pluralismo jurídico en la medida que valida y valora el modo de vida de “un otro” como totalmente legítimo.

Referencias

- BARREDA, M. (2011), “La calidad de la democracia. Un análisis comparado de América Latina”, en *Política y Gobierno*, volumen XVIII · número 2 · II semestre de 2011, 265-295
- CANTILLANA, C.; CONTRERAS, G.; MORALES A M.; OLIVA D, PERELLÓ L., (2017), “Malestar con la representación democrática en América Latina”, en *Política y Gobierno*, Volumen XXIV, número 2, II semestre de 2017, pp. 245-274
- DE LA TORRE DE LARA, O. A. (2014), “Estado colapsado y paralegalidad. el derecho que nace del pueblo como pluralismo jurídico: modernidad y tradición entreverada”, en *revista umbral*. tomo i. pluralismo jurídico, tribunal constitucional del ecuador, 2014
- ELGUETA, M. F y PALMA GONZÁLEZ, E. (2014), “Una propuesta de clasificación de la clase magistral impartida en la Facultad de Derecho”, *Revista Chilena de Derecho*, 2014, vol. 41, n.3, pp.907-924.
- FREIRE, P. (2007), *Pedagogía del Oprimido*. Editorial Siglo XXI, 18ª. Reimpresión, 2007.
- ETCHEVERRY PEREZ, A., “Mentalidades Teológicas en el nuevo Mundo” (2004), *Historia y Espacio*, número 22, Colombia
- ETCHEVERRY PEREZ, A. (2012) “Por el sendero de la intolerancia. Acercamiento a la extirpación de idolatrías en el Nuevo Mundo en los siglos XVI y XVII”, *Historia Caribe - Volumen VII* N° 21 - julio-diciembre 2012, pp. 55-74
- HERNÁNDEZ, A. (2014) “La producción jurídica de la globalización en el marco de un pluralismo jurídico transnacional”, en *revista Umbral*. Tomo I. Pluralismo Jurídico, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2014
- LIMA DE GUIMARÃES VARGAS, J. P. (2013), “Educação em direitos humanos”, en WOLKMER, A. C.; CORREAS, O., *Crítica Jurídica na America Latina*, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát. Universidade Federal de Santa Catarina. Aguascalientes / Florianópolis, pp. 404-425.
- LÓPEZ LÓPEZ, L. “El pluralismo jurídico: una propuesta paradigmática para repensar el Derecho”, *revista Umbral* 4, t. I, 2014, pp. 31-64
- MARTÍNEZ, J. C., STEINER, C. y URIBE P. (coord.), *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. Manual para operadores de justicia*. D.F.: FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2012.
- MEDICI, A.”Otros nomos: narratividad y pluralismo jurídico para un giro decolonial del Derecho”, en *revista Umbral* 4, t. I, 2014, pp. 67-84.

- MERRYMAN, J. H. *La tradición Jurídica romano-canónica*, Primera edición en español. México: FCE, 1971
- OREALC/UNESCO. *Conocimiento Indígena y Políticas Educativas en América Latina*, 2017
- PALACIOS ROMEO, F. (2016), “*De objeto colectivo a sujeto colectivo: paradigmas históricos de cultura constitucional y premisas de legitimación del derecho indígena*”, *Ius Fugit*, 19, 2016, pp. 265-300
- PALMA GONZÁLEZ, E. (2017) “Pasado, presente y futuro de la Historia del Derecho en Chile”, en *revista electrónica alemana Forum Historiae Iuris*, en: <http://www.forhistiur.de/es/2009-03-palma-gonzalez/?l=es> [visita mayo 2017:]
- PALMA, E.; ELGUETA, M. F. (2018), “Aportes de la didáctica de la Historia del Derecho a la cultura jurídica: formación de un sujeto histórico amoroso”, *revista IUS*, México, vol 12, número 43.
- PEREIRA HUBERT, A. en WOLKMER, A. C., CORREAS, O., *Crítica Jurídica na América Latina*. Aguascalientes / Florianópolis: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat. Universidade Federal de Santa Catarina, 2013, pp. 453-470.
- PNUD (2004), *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, 2a ed. - Buenos Aires, Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara.
- RODRÍGUEZ M. E. (1991), “Pluralismo jurídico ¿El derecho del capitalismo actual?”, *Nueva Sociedad* nro.112, marzo- abril 1991, pp. 91-101.
- SANTOS SCHMIDT, E. (2013) “Avaliações e aprendizagens no direito: pela atenção às significações construídas por estudantes”, en WOLKMER, A. C., CORREAS, O., *Crítica Jurídica na América Latina*, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat. Universidade Federal de Santa Catarina. Aguascalientes / Florianópolis, pp. 426-437.
- SOUZA, B. S. (2014), *Derechos Humanos, democracia y desarrollo*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá.
- SANDOVAL CERVANTES, D. “El constitucionalismo en América Latina desde una perspectiva histórica crítica del derecho”, en WOLKMER, A. C., FERNANDES, M. I., (coord.), *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina*, CENEPUS, NEPE, 2015 pp. 103-117.
- URIBE BOTERO, A. “El requerimiento en el nuevo reino de Granada: dos formas de ser del mal moral”, en *Praxis Filosófica Nueva Serie*, No. 23, Jul. - Dic. 2006: 5-19
- WOLKMER, A. C. “*Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina*”, FLACSO, Documento de trabajo, editor CENEJUS, 2003, en <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/otros/20111021100627/wolk.pdf> [visita diciembre de 2016]

- WOLKMER, A. C., *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Sevilla: Editorial Mad, 2006a.
- WOLKMER, A. C. *Introducción al Pensamiento Jurídico Crítico*, 1ª, edición 2003, ILSA, Bogotá, 2ª edición San Luis Potosí, 2006b.
- WOLKMER, A. C. “Pluralismo jurídico, movimientos sociais e processos de lutas desde América Latina”, en WOLKMER, A. C.; FERNANDES, M. I. (coord.), *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina*, CENEPUS, NEPE, 2015 pp. 95-101.

A interculturalidade e o pluralismo jurídico como categorias necessárias para “ruptura” do conhecimento jurídico colonial

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

1. Introdução

Um livro em homenagem ao professor Doutor Antonio Carlos Wolkmer, tem para mim um grande significado, não pela obra, ou pela homenagem, mas pelo que o Professor Wolkmer representa enquanto pessoa, ser humano incrível, ético, competente, mas também como um grande intelectual, um grande jurista, realmente um exemplo a ser seguido. Como assevera Gilmar Bedin (2015, p. 187), “em alguns países, entre os quais se encontra o Brasil, as conquistas e o amadurecimento da teoria jurídica moderna somente começaram a ser desenvolvidos e incorporados na metade dos anos setenta do século 20” - o que significa que emergiram muito tardiamente e dentre os principais fatores que impediam, inicialmente, a sofisticação da teoria jurídica moderna em nosso país estiveram os seguintes: a permanência das ideias jusnaturalistas, a falta de tradição em pesquisas na área jurídica, a reduzida qualificação do corpo docente das diversas Faculdades de Direito e a existência de práticas jurídicas absolutamente conservadoras - assentes, muitas vezes, sob os imperativos de um senso comum teórico típico do século 20 e porque não dizer do século 21. (BEDIN, 2015). Nesse sentido, o professor Antonio Carlos Wolkmer, é um dos primeiros (junto com Luiz Alberto Warat, dentre outros), a romper com tal tradição em nosso país. Os escritos do professor Wolkmer, no final dos anos setenta do século passado, significou, assim, o início de uma substancial mudança de rumos do pensamento jurídico nacional (com destaque para a sua atuação no sul do país, mas que

hoje rompe e rompeu barreiras geográficas) e um momento muito singular de sua afirmação teórica e de sua modernidade epistemológica¹. Assim, o professor mencionado contribuiu definitivamente - através da denúncia de suas carências - para a superação do imobilismo do pensamento jurídico brasileiro e para a destruição de sua estrutura arcaica, que há muito o caracterizava. (BEDIN, 2015) Aliando uma postura pedagógica inovadora à técnica da introdução de temas inéditos, o professor Antonio Carlos Wolkmer, junto com professor Luiz Alberto Warat, dentre outros foram ocupando, de maneira cada vez mais sólida, um importante e significativo espaço institucional junto a diversas Faculdades de Direito, o que o ajudou a produzir, por um lado, uma profunda reordenação da pesquisa e da reflexão jurídicas brasileiras e, por outro, uma verdadeira ruptura com o conhecimento tradicional há muito recepcionado pelo pensamento e pelas principais práticas jurídicas existentes no Brasil (BEDIN, 2015, p. 187). Neste sentido, é possível pensarmos também que há, no pensamento jurídico brasileiro, um antes e um depois: agora com a presença de Antonio Carlos Wolkmer. O pensamento do ilustre professor caracteriza-se ainda pela sua grande capacidade de se manter atualizado - estando sempre atento às principais inovações formuladas nas diferentes áreas do conhecimento humano –e pela sua predisposição para produzir inesperados deslocamento teóricos, políticos e metodológicos (BEDIN, 2015, p. 188).

Nesse sentido, este texto apresenta uma proposta, o desafio da construção de um novo discurso/pensamento decolonial e intercultural como ferramenta teórica capaz de permitir uma análise da produção dos conhecimentos jurídicos (não mais centrado em concepções epistemológicas eurocêntricas), vinculando-os

1 É claro que essa mudança não se processou apenas devido à presença do professor do professor Antonio Carlos Wolkmer, mas também Luis Alberto Warat, dentre outros. Outros, obviamente, contribuíram, em maior ou menor parcela. A participação do professor mencionado, no entanto, foi fundamental para o início daquelas mudanças.

à colonialidade epistêmica, ou a uma hermenêutica de reprodução. Assim, os fundamentos e os pressupostos da cultura jurídica moderna, antropocêntrica e ocidental, podem ser devidamente questionados. Objetiva-se, nesse sentido, realizar uma abordagem intercultural e decolonial que passa pela análise da colonialidade epistêmica e da inserção do direito ocidental moderno como forma de colonialidade. Tal direito vincula-se a uma concepção geográfica e historicamente localizada que se constituirá num modelo dominante para julgar e definir o que é ou não jurídico. A partir desse ponto neutro de observação todas as outras formas jurídicas se transformam em primitivas, subalternas, inadequadas ou são simplesmente silenciadas. Visa, também, a propor uma decolonialidade e interculturalidade epistemológica dos saberes político-jurídicos, o que possibilita uma redefinição e ressignificação da retórica emancipatória da modernidade, incluindo a análise de conceitos como democracia, direitos humanos e Estado, a partir de cosmologias e epistemologias do subalterno. Enfatiza o papel do pluralismo jurídico dentro dessa lógica decolonial apresenta ainda algumas experiências ligadas ao novo constitucionalismo latino-americano focado nas Cartas constitucionais da Bolívia e do Equador como tentativas de consolidação desse novo discurso decolonial.

2. A colonialidade epistêmica e a configuração da epistemologia (conhecimento) jurídica no Brasil

Segundo Boaventura de Sousa Santos e Maria Paula Meneses (2010), a expressão *Epistemologias do Sul* é uma metáfora do sofrimento, da exclusão e do silenciamento de saberes, povos e culturas que, ao longo da história, foram dominados pelo capitalismo e colonialismo – colonialismo que imprimiu uma dinâmica histórica de dominação política e cultural submetendo à sua visão etnocêntrica o conhecimento do mundo, do sentido da vida e das práticas sociais. Percebe-se aí a afirmação de uma única ontologia, de uma

epistemologia, de uma ética, de um modelo antropológico, de um pensamento único e sua imposição universal.

Muitos pensadores provenientes de diversas áreas refletiram e refletem sobre a colonização como um grande evento prolongado e de muitas rupturas, e não como uma etapa histórica já superada. A colonização não diz respeito apenas à administração colonial direta sobre determinadas áreas do mundo, mas refere-se a uma lógica de dominação, exploração e controle que inclui a dimensão do conhecimento e também do conhecimento jurídico, como ocorrido no Brasil. Nesse sentido, fala-se em colonialidade e não apenas de colonialismo. A palavra colonialidade² é empregada para chamar atenção sobre o lado obscuro da modernidade, assim fala-se em modernidade/colonialidade.

A retórica da modernidade e suas ideias pretensamente universais (cristianismo, modernidade, Estado, democracia, mercado etc.) permitiram e permitem a perpetuação da lógica da colonialidade (dominação, controle, exploração, dispensabilidade de vidas humanas, subalternização dos saberes dos povos colonizados etc.) (MIGNOLO, 2008, p. 293). A colonialidade se sustentou e continua a se sustentar, portanto, a partir da construção do imaginário epistêmico da universalidade. Em nome de uma pretensa racionalidade universal foi necessário o tráfico de escravos, a exploração dos indígenas e a expropriação de suas terras. Ou seja, a retórica positiva da modernidade justifica a lógica destrutiva da colonialidade e acentua o conceito de subalterno. Saber é poder. Essa afirmação resume nossa premissa. O saber é um dos pontos de sustentação da dominação, em todos os territórios das atividades humanas. E, no processo atual da globalização, o domínio do saber tecnológico é sim-

2 Colonialidade é um conceito utilizado inicialmente por Quijano. Este termo é uma importante contribuição dos autores latino-americanos para a consolidação no âmbito acadêmico do pensamento de fronteira que surge a partir do *anthropos*. A palavra colonialidade (e não colonialismo) é utilizada para chamar atenção sobre as continuidades históricas entre os tempos coloniais e o tempo presente e também para assinalar que as relações coloniais de poder estão atravessadas pela dimensão epistêmica. Colonialidade é um conceito complexo (atua em vários níveis) (DAMAZIO, 2011, p.55).

bolicamente o determinante das relações de poder. Tais relações foram construídas e constituíram saberes e conhecimentos diferenciados que definiram os dominantes e os dominados. Dominados esses que tiveram e têm seus conhecimentos subalternizados, inclusive no nosso foco de estudo que é o conhecimento tradicional do Direito.

Segundo Figueiredo (2010, p. 84), a expressão “subalterno” começou a ser utilizada nos anos 1970, na Índia, como referência às pessoas colonizadas do subcontinente sul-asiático, e possibilitou um novo enfoque na história dos locais dominados, até então, observados apenas do ponto de vista dos colonizadores e seu poder hegemônico. Emergiria, assim, o nome “subalternidade”, que, de nome abstrato, teria seu sentido deslocado para certa concretude e visibilidade. Gayatri Chakravorty Spivak, no texto “Pode o subalterno falar?”, também conhecida por seu empenho na questão da subalternidade, aponta para o termo “subalterno” não apenas como uma palavra clássica para o oprimido, mas como representação aos que não conseguem lugar em um contexto globalizante, capitalista, totalitário e excludente, no qual o “subalterno é sempre aquele que não pode falar, pois, se o fizer, já não o é” (SPIVAK, 2010, p. 12).

Segundo a autora, a condição de subalternidade é a do silêncio, ou seja, o subalterno³ carece necessariamente de um representante por sua própria condição de silenciado. Por um lado, observa-se a divisão internacional entre a sociedade capitalista regida pela lei imperialista e, por outro, a impossibilidade de representação daqueles que estão à margem ou em centros silenciados (SPIVAK, 2010, p.14). Figueiredo (2010, p. 87) assevera que, de acor-

3 O termo “subalterno” foi utilizado inicialmente por Gramsci (2002), para referir-se às classes subalternas, especialmente ao proletariado rural. Já os Subaltern Studies modificaram o significado de subalterno, ele é considerado como um sujeito histórico que responde também às categorias de gênero e etnicidade, não apenas de classe. Nesse sentido, o conceito “subalterno” é utilizado a partir da diferença colonial. O subalterno é identificado como o colonizado, ou com o sujeito colonial, não se trata de um ser passivo, um sujeito ausente, mas um sujeito ativo (DAMAZIO, 2011, p. 47).

do com Spivak (2010, p.14), escrevemos como povos que tiveram a consciência formada como sujeitos coloniais e, negar isso, seria negar nossa história. É justamente nessa linha que Boaventura de Sousa Santos e Maria Paula Meneses (2010, p. 49), na obra “Epistemologias do Sul”, enfatizam que o mundo é um complexo mosaico multicultural. Todavia, ao longo da modernidade, a produção do conhecimento científico foi configurada por um único modelo epistemológico, como se o mundo fosse monocultural, o qual descontextualizou o conhecimento e impediu a emergência de outras formas de saber não redutíveis a esse paradigma. Assistiu-se, assim, a uma espécie de epistemicídio, ou seja, à destruição de algumas formas de saber locais, à inferiorização de outras, desperdiçando-se, em nome dos desígnios do colonialismo, a riqueza de perspectivas presentes na diversidade cultural e nas multifacetadas visões do mundo por elas protagonizadas (SANTOS; MENESES, 2010, p. 49).

3. O conhecimento jurídico e as vozes silenciadas

Se “paradigma” significa exemplo, modelo, padrão a ser seguido, temos no Direito um “paradigma” epistemológico dominante centrado na objetividade, na reprodução, e aceito pelo chamado senso comum teórico dos juristas⁴, com fortes características coloniais e de subalternidade. O paradigma epistemológico tradicional (colonial), nesse sentido, concentra-se em torno dos valores e interpre-

4 Senso comum teórico dos juristas designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito. Trata-se de um neologismo proposto para que se possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas. Nas atividades cotidianas – teóricas, práticas e acadêmicas – os juristas encontram-se fortemente influenciados por uma constelação de representações, imagens, preconceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação (WARAT, 1994, p. 13).

tações ligados a um tipo de conhecimento centrado na objetividade ou na relação construída entre sujeito e objeto. Assim, mesmo que o termo paradigma, introduzido por Thomas S. Kuhn na obra “Estrutura das Revoluções Científicas”, de 1962, utilizado no estudo dos fenômenos científicos, encontre atualmente muitas críticas por suas limitações e ambiguidades, é uma das discussões mais importantes no que concerne ao conceito e à crise de paradigmas nas diversas áreas do conhecimento. O núcleo do pensamento desse autor tenta estabelecer a assertiva, afirmando que o caráter normal de uma ciência está centrado na organização de cada campo de estudo do conhecimento científico sobre uma base de visões ou concepções globais do objeto estudado, que tanto vai inspirar a análise e a teoria como a própria pesquisa (OLIVEIRA, 2001).

Com essas palavras é possível vislumbrar que a escolha do termo “paradigma” sugere alguns exemplos aceitos na prática científica real. Tais exemplos incluem, ao mesmo tempo, lei, teoria, aplicação e instrumentação, proporcionando dessa forma modelos dos quais brotam as tradições “coerentes” e específicas da pesquisa científica (PENNA, 2000). Nesse sentido, a epistemologia, ou filosofia das ciências, caracteriza-se como um ramo da Filosofia que estuda a investigação científica e seu produto, o conhecimento científico. Até meio século atrás a epistemologia não era mais que um capítulo da teoria do conhecimento ou gnoseologia. Ainda não haviam surgido os problemas semânticos, ontológicos, axiológicos, éticos ou de qualquer outra natureza que se apresentam tanto no curso da investigação científica como no da reflexão metacientífica. Predominavam, então, problemas tais como a natureza e o alcance do conhecimento científico – em oposição ao vulgar –, o da classificação das ciências e o da possibilidade de edificar a ciência indutivamente a partir de observações (BUNGE, 1987).

Para Lalande (1968), a palavra inglesa *epistemology* é, com muita frequência, empregada (contrariamente à etimologia) para designar aquilo que em francês se denomina “teoria do conhecimento”

ou “gnoseologia”. Epistemologia, gnoseologia, teoria do conhecimento ou mesmo metafísica do conhecimento constituem expressões equivalentes para efeito de se designar a reflexão sobre a natureza do conhecimento, suas formas, suas características, suas origens, seus limites, seus obstáculos e, sobretudo, sobre o tema da verdade (PENNA, 2000).

O significado de epistemologia como equivalente à filosofia das ciências foi perfeitamente explicitado pelo Positivismo, que a definia como uma reflexão sobre os resultados da ciência a fim de entendê-los e unificá-los como conhecimento sistematizado, preciso, coerente e verdadeiro. Falar da filosofia das ciências é admitir para essa disciplina as características atribuídas a ela pela corrente positivista, o que nos leva a indagar se o termo “epistemologia” também supõe tais princípios. É importante ressaltar que as epistemologias normalmente partem de novas perspectivas e chegam a outras concepções sobre a ciência. Assim, a epistemologia tradicional, ou filosofia das ciências essencialmente positivista, passa por um processo de ruptura ou transformação em busca de novos princípios e tarefas a serem cumpridas. Essas novas tarefas devem ser adequadas ao pensamento científico contemporâneo, em contínua evolução. Esse aspecto torna a filosofia das ciências e/ou a epistemologia tradicional de características coloniais inadequadas para a construção da cientificidade atual, significando que no passado tais sistemas conseguiam refletir a ciência de sua época, o que não acontece hoje, uma vez que as transformações sofridas pelo pensamento científico não foram acompanhadas pela epistemologia tradicional (BULCÃO, 1999).

Assim, se a epistemologia permite a reflexão, é importante destacar aqui os vários problemas que permeiam tal discussão quanto à natureza do conhecimento: o primeiro se ele tem sua origem a partir da relação sujeito/objeto; o segundo diz respeito à questão de seu valor e de suas possibilidades; o terceiro aponta para as formas por ele assumidas; o quarto centra-se na questão

da verdade; o quinto volta-se para o problema de suas origens; e, finalmente o sexto, ressalta o tipo de abordagem adotado em sua investigação (PENNA, 2000). O Direito é um fenômeno autônomo, cujo conhecimento é o objeto da ciência jurídica como atividade intelectual distinta da ética das ciências sociais. A autonomia da ciência jurídica requer que ela se liberte das contaminações ideológicas que, de forma mais ou menos consciente, têm perturbado o estudo do Direito. Hans Kelsen foi um dos principais expoentes de um tipo de conhecimento que desconhecia as realidades outras, ou seja, desenvolveu os seus trabalhos com o objetivo de delinear com precisão os exatos contornos do conhecimento jurídico no campo científico.

É importante salientar que o conceito de ciência do Direito influenciou e traçou os limites do conhecimento jurídico na contemporaneidade. Tal influência é que possibilita a discussão do que é ser científico para Kelsen: qual o conceito de ciência que ele utiliza e transfere para o campo do Direito, o significado do termo “pura”, uma vez que este trabalha com a ideia de uma ciência do Direito isenta de todos os elementos considerados por ele estranhos para o mundo do Direito, como a Sociologia, a Psicologia etc. Observou que sendo o Direito uma esfera específica não seria de bom alvitre transportar para a égide da ciência jurídica métodos válidos para outras ciências. Entendendo que o jurista deveria investigar o Direito mediante processos próprios ao seu estudo, esse autor concluiu que isso só seria possível se houvesse “pureza metodica” (DINIZ, 1996). Então, com base no postulado kantiano de que “todo conhecimento é puro quando não se acha misturado com algo estranho que prejudique sua autonomia” (KELSEN, 1994, p. 82), e vendo-a ser diluída entre os conceitos de Psicologia, Biologia, da moral e da Teologia, Kelsen se propõe a dela eliminar todos os elementos que lesam a sua pureza e independência, ensejando levar a ciência do Direito às últimas consequências do Positivismo. Assim, a ciência jurídica pode ser caracterizada como

uma ciência normativa à medida que toma seu objeto como norma e constitui-se numa atividade somente descritiva, ou seja, para Kelsen, a ciência é uma atividade que se esgota na descrição de leis postas – do Direito positivo. Nesse ponto, é possível entender o “jurídico” ou o “direito” não apenas pelo viés eurocêntrico e institucional, mas como um discurso que além de moderno também é colonial e, sendo assim, participava e participa da lógica colonialista, subalternizando saberes.

Nessa perspectiva, a contribuição de Edward Said (2007) é no sentido de que existiria conhecimento neutro por parte das ciências, somando-se ao fato de que as constituições dos saberes relacionavam-se com o colonialismo, não considerado como uma experiência que tinha sido finalizada, mas que continuava presente nas relações de conhecimento, determinando a pretensa superioridade/inferioridade de certas pessoas e saberes. Nesse ponto, ressaltase como o paradigma dominante de ciência vem monopolizando a produção do saber, e como tal fato produziu efeitos na ciência jurídica. A *Teoria Pura do Direito* é considerada como principal produto desse fenômeno. Assim, a crítica a essa concepção estrita de conhecimento, propugnando uma abertura epistemológica e metodológica da ciência jurídica, foi capaz de justificar a adoção do tudo vale de Paul Feyerabend (2007) ao Direito, com a finalidade de torná-lo mais adequado ao seu papel de realização de um projeto de sociedade (MACHADO, 1968). Segundo Feyerabend, o predomínio dessa concepção de ciência não possui razões transcendentais ou uma justificação lógica insofismável, mas sim decorre, em verdade, de ser ele o que melhor atende aos ideais das classes que ocupam a centralidade do processo de globalização cultural, ou seja, os Estados capitalistas ocidentais desenvolvidos, sendo impostos por eles aos demais países (apud REIS NETO, 2012). De acordo com o autor, o predomínio dessa forma de produção de saberes também se justifica por haver a ciência moderna se tornando o que Thomas Kuhn (2007, p. 29) chama de “ciência normal”,

isto é, o modelo que, em regra, os novos cientistas aprendem muitas vezes sem maiores questionamentos de ordem epistemológica (REIS NETO, 2012). A produção científica restringe-se ao desenvolvimento das questões já levantadas pelos precursores, contribuindo para uma estabilização (KUHN, 2007). Mas, então, por que prevalece esse paradigma até o presente momento, ao menos numa perspectiva teórica? A resposta parece evidente, e já foi enunciada: a Teoria Pura permite que o Direito seja considerado uma ciência, de acordo com a concepção ainda dominante que se possui desse conceito. Claro, uma ciência de abrangência restrita, e talvez exatamente por isso uma ciência de forte influência dos discursos coloniais de construção da própria ciência do Direito.

4. As tentativas de ruptura: em busca de (discursos) conhecimento decolonial

O tópico anterior mostrou sucintamente que o modelo de ciência/conhecimento construído por Hans Kelsen é o paradigma da ciência jurídica moderna. O fato, no entanto, não nos impede, neste momento, de fazermos uma análise crítica de sua estrutura e de suas implicações. Sabe-se que a tradição jurídica portuguesa, vinculada à concepção patrimonial de Estado, introduziu no Brasil um Estado deficitário e uma cultura jurídica excessivamente formalista. O Direito e o Judiciário na época colonial não construíram a ideia de cidadania. A igualdade jurídica foi sempre uma tentativa de igualdade formal, nunca material. As funções básicas da burocracia portuguesa no Brasil foram sempre fiscalizar e agir com rigor quando da sonegação de impostos, e representar a figura do Rei. O povo não detinha nenhuma importância, sendo que dele somente era exigido o profundo respeito pelo Monarca, fato que quando contrariado era punido severamente (MALISKA, 1997, p. 20-21). Deve-se ter presente que o Estado brasileiro não nasce das exigências do cidadão, e é a partir daí que se constrói no Brasil o

conhecimento jurídico e nasce o conceito de subalterno. Segundo Boaventura de Sousa Santos na obra “O Discurso e o poder”, historicamente o Brasil é marcado pelo pluralismo de ângulo colonial, pois o direito oficial implantado foi o direito português, em específico as Ordenações. A relação entre o direito oficial e o direito tradicional da colônia foi de exclusão e não reconhecimento deste último. Não havia o reconhecimento de outro direito além do direito português. O direito que brotava das relações sociais existentes na colônia era ignorado pelo direito oficial português. A segunda expressão tem, de certa forma, ligação com a primeira. São os direitos dos povos indígenas que viviam no Brasil ao tempo da colonização (SANTOS, 1988). Qualquer ideia de pluralidade foi totalmente desconsiderada pelo direito oficial português. Assim, o tipo de conhecimento construído foi o monista, cuja concepção parte da ideia de que o Direito só existe na forma de um sistema único e universal. Para Jean Carbonnier (1972, p. 24):

O bien el sistema jurídico global toma en cuenta los fenómenos jurídicos descritos como constituyendo otro derecho... quedando la unidad restaurada por medio de este sistema global que asume el conjunto o bien los fenómenos del pretendido Derecho diferente quedan fuera, no integrados en el sistema, en estado salvaje, y no pueden ser calificados como auténtico Derecho, siendo considerados, todo lo más como sub-derecho.

Percebe-se assim que uma visão monista do Direito pressupõe que um sistema jurídico existe quando as normas jurídicas são produto exclusivo do Estado. Todas as normas que estão fora do Direito estatal de visível influência colonial não podem ser consideradas como direito. Para que se possa avançar na tentativa de construção de um outro tipo de conhecimento/discurso decolonial, ou de questionamento crítico a respeito de alguns aspectos das ideias kelsenianas, no que concerne à construção da ciência

do Direito/do conhecimento jurídico monista, faz-se necessário “abandonar” um pouco a perspectiva tradicional e, por meio de uma linguagem um tanto alheia aos métodos tradicionais, buscar compreender o agir dos juristas dentro dessa e de uma nova perspectiva epistemológica decolonial.

Segundo Reis (2012), há muitas questões que podem ser enfrentadas, como por exemplo: “[...], o modelo da ciência moderna é o único capaz de produzir um conhecimento absolutamente verdadeiro? A resposta negativa se impõe, porque: a) existem conhecimentos não científicos; b) existem conhecimentos científicos produzidos fora do paradigma moderno (conquanto os adeptos do modelo dominante possam negar-lhes científicidade); c) o método moderno não consegue produzir verdades absolutas”. De fato, entendendo-se que o paradigma científico da modernidade não pode monopolizar a produção do conhecimento, a Ciência do Direito deve abandonar as pretensões de pureza e objetividade, para abarcar de maneira mais ampla possível todos os elementos relativos à elaboração e implementação de um projeto de sociedade, este sim seu objetivo.

Evidentemente, isso implica num intercâmbio com diversos ramos do saber, e também como assevera Linda T. Smith, uma antropóloga Maori⁵ da Nova Zelândia, trabalhar com a ideia de “descolonização de metodologias”. Descolonizar metodologias significa uma compreensão mais crítica dos pressupostos subjacentes, motivações e valores que motivam as práticas de investigação. Nesse sentido, concordamos com a autora ao defendermos que os pesquisadores precisam criticar seu próprio “olhar”⁶.

5 A população nativa da Nova Zelândia é designada como “Maori”.

6 É importante para esta discussão o livro *Decolonizing Methodologies* de Linda T. Smith (1999). A primeira parte da obra aborda a história da pesquisa ocidental e realiza uma crítica dos pressupostos culturais por trás das pesquisas sustentadas pela cultura dominante colonial. A autora analisa a relação entre conhecimento, pesquisa e imperialismo analisando as diferentes maneiras pelas quais o imperialismo está presente nas disciplinas científicas e nas metodologias.

Segundo Damazio (2011), diferente das metodologias clássicas de pesquisa científica, as metodologias decoloniais são pluralistas e se posicionam como uma ruptura desse tipo de pesquisa colonizadora que tem sido central para perpetuar a colonialidade em todos os seus aspectos. Há uma necessidade de produção de diferentes conhecimentos, que devem se originar a partir de distintas abordagens e conceitos. Autores como Michel Foucault, Edward Said e Walter Dignolo são exemplos dessas múltiplas perspectivas metodológicas.

Trata-se da possibilidade de ir além do discurso jurídico moderno/colonial e pensar condições outras do jurídico. Significa vivenciar o “direito” não como um sistema fechado de normas jurídicas pensado apenas a partir do “Estado”, tampouco defender que conceitos como democracia, justiça e direitos humanos sejam entidades únicas definidas e válidas para todo o planeta. Nessa linha, Eloise Peter Damázio (2011, p. 150) assevera que

[...] para podermos nos mover nesta direção, precisamos nos distanciar da universalidade epistêmica (e suas concepções de verdade, sujeito de conhecimento deslocalizado e neutro, tempo linear, progresso, bem como as relações binárias tradicionais do pensamento filosófico) e nos direcionarmos para pluriversalidade epistêmica. Esta diz respeito a uma outra visão de mundo pautada na geopolítica e na corpo-política do conhecimento. Nesse sentido, o fundamental é afirmar os saberes construídos a partir de distintos corpos em diferentes localizações. Representa, portanto, a entrada em cena do “outro”, do *anthropos* e de suas formas de conhecimento “outras” em um processo decolonial da própria “lógica” epistêmica que dá suporte à colonialidade.

A segunda parte centra-se na definição de uma nova agenda de pesquisa indígena que busca recuperar o controle sobre suas maneiras de conhecer e ser, visando assim a uma práxis crítica para os povos ocidentais e não ocidentais.

A entrada em cena do “outro” e de suas formas de conhecimento significa que por meio dos processos de decolonialidade epistêmica é possível buscar as reações e respostas daqueles que tiveram seus saberes subalternizados (saberes em um sentido amplo, incluindo práticas, memórias, subjetividades, etc), os quais foram considerados primitivos, inferiores, arcaicos, etc. O que se pretende é a discussão ou mesmo a proposição de um pensamento jurídico “outro” que parta da emergência dos saberes jurídicos latino-americanos subalternizados e não da perspectiva jurídico-epistemológica eurocêntrica e colonial do conhecimento.

Para muitos pensadores jurídicos, tanto o direito como o Estado, por estarem vinculados à tradição moderna, associados à razão, são considerados como soluções universais que devem ser aplicadas em toda parte. As “leis do direito” são abordadas como “leis naturais” ou as “leis da natureza”. Isto é, confundem uma forma de direito com o direito. Sabe-se que o modelo atual de Estado é homogeneizador porque implica uma só nação, cultura, direito, exército e religião. Tal modelo predomina nas cabeças das elites, da cultura e até nas forças progressistas, que são ou podem ser aliadas nesse processo. Verifica-se então a importância em defender outro tipo de unidade na diversidade, que não seja simplesmente aceita, senão celebrada. A partir dessas reflexões, se propõe que o pensamento decolonial e a interculturalidade podem ser utilizados como ferramentas teóricas capazes de permitir uma análise da produção dos conhecimentos jurídicos, vinculando-os à colonialidade epistêmica.

Esta nova realidade em que o cidadão adquire a condição de *participante de um outro tipo de conhecimento, prudente para uma vida decente, ou da* consciência emergente da diversidade social e cultural, a existência de desequilíbrios, fatores de tensão, divergências de valores e posicionamentos culturais distintos, estão na base do surto de uma reflexão sobre a pedagogia intercultural, metodologia es-

tritadamente vocacionada para a compreensão da diferença, da aceitação do outro.

Para Trindade (1993, p. 9), a consabida e pacífica crença na dimensão universal e genérica do homem, traduzida através de um mesmo suporte biofísico e pelo traço distintivo da racionalidade, vê-se subitamente posta em causa pela eclosão de uma pluralidade de singularidades que configuram diferentes formas de pertença, de identificação para com os vários grupos sociais em que se insere. Para a autora:

Da procura da compreensão substantiva dos mecanismos, das formas, dos julgamentos de base, dos valores que presidem aos relacionamentos interpessoais, emergirá o ideário intercultural, cuja metodologia vem a suceder à visão algo formalista e mítica de entender as sociedades como eminentemente homogêneas, impermeáveis, imutáveis, centradas sobre si mesmas, fiéis depositárias do bem comum, das nações como expoentes emblemáticos do povo soberano. Foi este, afinal, o sonho dos que imaginaram as sociedades orgânicas como exemplos concretizáveis de uma adequada distribuição de funções e de poderes entre os vários elementos e instituições, garantindo, assim, *a priori*, uma previsibilidade dos objetivos a atingir e também dos comportamentos sociais expectados (TRINDADE, 1993, p. 9).

Verifica-se, aqui, a presença do termo interculturalidade que pode ser usado para “significar e representar um processo e projeto político-social transformador” (WALSH, 2009, p. 83). Para Walsh, a interculturalidade, nesse sentido, pode ser considerada como uma ferramenta conceitual central para construção de um pensamento decolonial. Primeiro porque está concebida e pensada desde a experiência vivida da colonialidade; segundo porque reflete um pensamento não baseado apenas nos legados eurocêntricos ou da modernidade e, terceiro, porque tem sua origem no sul, dando

assim uma volta na geopolítica dominante do conhecimento que tem tido como centro dominante o norte (WALSH, 2009).

Segundo Damazio (2011), diferente do multiculturalismo oficial, no qual a diversidade se expressa em sua forma mais radical, por separatismos e etnocentrismos e, em sua forma liberal, por atitudes de aceitação e tolerância, a interculturalidade, como é entendida pelos grupos historicamente subalternizados, diz respeito a complexas relações, negociações e intercâmbios culturais que emergem de espaços de fronteira. Trata-se de uma interação entre pessoas, conhecimentos, práticas, lógicas, racionalidades e princípios de vida diferentes. Uma interação que admite e que parte das assimetrias sociais, econômicas, políticas e de poder e também das condições institucionais que limitam a possibilidade de que o “outro” possa ser considerado sujeito com capacidade de atuar (WALSH, 2009, p. 45).

Assim, os fundamentos e os pressupostos da cultura jurídica moderna, antropocêntrica e ocidental, passam a ser devidamente questionados. A proposição da decolonialidade e da interculturalidade epistemológica dos saberes político-jurídicos, possibilitará uma redefinição e resignificação da retórica emancipatória da modernidade, incluindo a análise de conceitos como democracia, direitos humanos e Estado a partir de cosmologias e epistemologias do subalterno.

Segundo Damazio (2011), como parte de um sistema jurídico intercultural, é necessário incluir distintas maneiras de conceber e exercer os direitos. A interculturalização jurídica, para Walsh (2010), não deixa de lado o pluralismo jurídico, mas aprofunda sua prática e compreensão. Requer que o sistema “uninacional” e sua lógica-razão jurídica também se pluralizem dentro de um marco de justiça que parta da realidade do país e não só do modelo do “direito moderno-universal-ocidental-individual”, modelo que, sem dúvida, é o que veio perpetuando a colonialidade (DAMAZIO, 2011). Para esta autora:

Não entendemos a decolonialidade da (*anthropos*)logia jurídica como algo dado e um objetivo final, mas como um processo de desobediência epistêmica contínuo. Nesse sentido, consideramos que não é possível decolonizar instantaneamente todos os âmbitos da produção de saberes, principalmente o âmbito acadêmico, pois há muitas amarras eurocêntricas que não podem ser questionadas e modificadas de uma única vez (por exemplo, as normas para um trabalho acadêmico). Por isso, também, defendemos que o processo decolonial é lento. Entretanto, nossa tarefa enquanto pesquisadores é impulsioná-lo e pensá-lo a partir desta nova realidade que visualizamos não só na América Latina, mas no mundo todo. Assim o conhecimento jurídico não é então mais aquele de um objeto e de sua objetividade, como o era para os epistemólogos positivistas. A epistemologia se transforma em uma perspectiva de interação entre o objeto e o sujeito (não são mais separados sujeito e objeto), conhecimento de um novo projeto, a que chamamos de princípio da projetividade (relação harmônica). A partir desses dados podemos compreender a busca frenética por novos paradigmas, plurais, interculturais, decoloniais. (DAMAZIO, 2011, p. 179)

O Brasil assim como em outros países da América Latina colonizados por europeus e que herdaram o modelo universalista, deixou à margem índios, negros, pobres, entre tantos outros que se tornaram vítimas de um Estado desigual em oportunidades e distribuição de renda. Apesar disso, é possível comemorar as mudanças e evoluções ocorridas nas três últimas décadas e ter esperança num futuro próximo de menores níveis de pobreza e desigualdades, por isso a relevância do novo constitucionalismo latino-americano. Stuart Hall (2003, p. 56) acrescenta:

Nos primórdios do desmantelamento dos antigos impérios, vários novos Estados-nação, multiétnicos e multicul-

turais, foram criados. Entretanto, estes continuam a refletir suas condições anteriores de existência sobre o colonialismo. Esses novos Estados são relativamente frágeis, do ponto de vista econômico e militar. Muitos não possuem uma sociedade civil desenvolvida. Permanecem dominados pelos imperativos dos primeiros movimentos nacionalistas de independência. Governam populações com uma variedade de tradições étnicas, culturais, ou religiosas. As culturas nativas, deslocadas, senão destruídas pelo colonialismo, não são inclusivas a ponto de fornecer a base para uma nova cultura nacional ou cívica. Somam-se a essas dificuldades a pobreza generalizada e o subdesenvolvimento, num contexto de desigualdade global que se aprofunda e de uma ordem mundial econômica neoliberal não regulamentada. Cada vez mais, as crises nessas sociedades assumem o caráter multicultural ou “eticizado”.

No aspecto jurídico, desenvolveu-se um sistema voltado para beneficiar os donos do poder, e não para criação de um sistema justo. O perfil ideológico do constitucionalismo político, enquanto sustentáculo teórico do Direito público do período pós-independência, traduziu não só o jogo dos valores institucionais dominantes e as diversificações de um momento singular da organização político-social, como expressou a junção notória de algumas diretrizes, como o liberalismo econômico, sem a intervenção do Estado, o dogma da livre iniciativa, a limitação do poder centralizador do governante, a concepção monista de Estado de Direito e a supremacia dos direitos individuais.⁷

O antigo colonialismo foi substituído por um sistema de poder assimétrico e globalizado, cujo caráter é pós-nacional e pós-imperial. Suas principais características são a desigualdade estrutural, dentro de um sistema desregulamentado de livre mercado e de livre fluxo de capital, dominado pelo Primeiro Mundo, e os progra-

⁷ Disponível em: <http://www.ibcperu.org/doc/isis/12598.pdf>

mas de reajuste estrutural, prevalecendo os interesses e modelos ocidentais de controle (HALL, 2003, p. 57).

Além do discurso da interculturalidade, a perspectiva da “descolonização” (do Estado, da sociedade) também entrou em evidência, principalmente na Bolívia e no Equador, a partir da primeira década deste século (sofrendo influência inclusive dos estudos acadêmicos latino-americanos da decolonialidade, Quijano, Mignolo etc.).

Na Bolívia as organizações camponesas, indígenas e originárias, no contexto da Assembleia Constituinte (que elaborou o texto aprovado em janeiro de 2009), articularam o discurso da descolonização a partir da proposta do “Estado plurinacional” (GARCÉS, 2009, p. 175). O Estado plurinacional é considerado para esses movimentos e organizações com um modelo de organização que teria como função “descolonizar nações e povos indígenas originários, recuperar sua autonomia territorial, garantir o exercício pleno de todos os seus direitos como povos e exercer suas próprias formas de autogoverno” (GARCÉS, 2009, p. 176).

Para concretizar o Estado plurinacional, um dos elementos fundamentais seria o direito à terra, ao território e aos recursos naturais, possibilitando acabar com o latifúndio e com a concentração de terras em poucas mãos, rompendo assim com o monopólio de controle dos recursos naturais em benefício de interesses privados. Da mesma forma, o Estado plurinacional “implica que os poderes públicos tenham representação direta dos povos e nações indígenas, originários e camponeses de acordo com suas normas e procedimentos próprios” (GARCÉS, 2009, p. 176).

Seria, segundo Garcés (2009, p. 176), um “Estado de consorciação onde as coletividades políticas opinam, expressam seu acordo e tomam decisões sobre as questões centrais do Estado.”. A ideia de que o Estado tem soberania única e absoluta sobre seu território é desfeita e, desse modo, possibilita-se o exercício do autogoverno (para dentro) e do cogoverno, em relação ao Estado

central e com as outras entidades territoriais (GARCÉS, 2009, p. 176).

Com relação ao Equador, a proposta da plurinacionalidade foi introduzida inicialmente no final da década 1980 pela CONAIE (Confederação de Nacionalidades Indígenas do Equador) e amplamente discutida por essa organização durante os anos de 1990, mas com pouco entendimento e acolhida por parte da sociedade dominante “branco-mestiça”. As organizações indígenas, junto com vários intelectuais não indígenas, deixaram claro que a plurinacionalidade não implica numa política de isolamento ou separatismo, mas sim no reconhecimento de sua própria existência como povos e nacionalidades no interior do Estado equatoriano, enfatizando que não existe uma só forma nacional, mas várias formas historicamente estabelecidas (WALSH, 2009, p. 98).

A América Latina tem resistido e tentado cada vez mais se renovar no sentido pluralista, através de uma democracia que inclui o índio e o negro como personagens atuantes, construindo uma sociedade mais humana e mais próxima da igualdade econômica, social e cultural. As experiências tanto da Bolívia quanto do Equador demonstraram e demonstram os anseios da população latino-americana por uma nova ordem constitucional, mas também os resultados têm demonstrado o quanto é complexo e difícil implementar um novo paradigma de viés emancipador e pluralista.

As novas Constituições trouxeram e trazem mudanças que abrangem não só a questão cultural e os direitos coletivos, mas os sistemas políticos e jurídicos. O objetivo é que um Estado que assista todos os seus cidadãos possa crescer com menos conflitos, que o respeito às diferenças e peculiaridades de cada grupo possa criar uma sociedade mais humana, e que os povos de cultura diferenciada, antes excluídos das sociedades nacionais, possam somar na luta por um meio ambiente saudável e uma sociedade inclusiva.

Nas palavras de Raquel Yrigoyen Fajardo (2012), o chamado constitucionalismo pluralista de características decoloniais come-

çou a ser desenvolvido em três ciclos: Constitucionalismo multicultural (1982-1988), com a introdução do conceito de diversidade cultural e reconhecimento de direitos indígenas específicos; Constitucionalismo pluricultural (1988-2005), com adoção do conceito de “nação multiétnica” e o desenvolvimento do pluralismo jurídico interno, sendo incorporados vários direitos indígenas ao catálogo de direitos fundamentais; Constitucionalismo plurinacional (2005-2009), no contexto da aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre o direito dos povos indígenas. Nesse ciclo há e houve a demanda pela criação do Estado plurinacional e de um pluralismo jurídico igualitário.

Os movimentos experimentados por Equador e Bolívia, caminhos agora trilhados pelo Chile, decorrem do reconhecimento da insuficiência de modelos constitucionais monoculturais, próprios de uma leitura institucional eurocentrada.

Percebe-se que a produção do discurso colonial condenou a população latino-americana a condição apenas de um sujeito-cultural, negando-lhe o estatuto de sujeito-histórico. Esta análise de discurso problematiza fundamentalmente, no plano das ciências humanas e sociais, a natureza de concepção de sujeito sobre as quais essas áreas do conhecimento se pautam. Assim, a produção de conhecimento da América Latina sobre a América Latina pode (e deve) adquirir uma forma crítica de modo a não ser mera reprodução do olhar europeu. Visto que construíram para nós, enquanto latino-americanos, uma história capaz de apagar nossa alteridade, acabamos nos tornando somente “singulares” com algumas “particularidades.

Percebe-se por fim, segundo Damazio (2011, p. 58), que os estudos pós-coloniais e decoloniais possibilitam compreender os discursos jurídicos pretensamente universais como construções que surgem a partir das relações coloniais. Estes discursos, inevitavelmente, resultam na subalternização dos saberes que surgem a partir do “outro”, do *anthropos*. Trata-se, desta maneira, de uma

perspectiva diferente de se entender o direito, pois permite que este seja pensado a partir de diferentes categorias e formas de conhecimento, inimagináveis para o direito eurocêntrico.

5. Um olhar para a interculturalidade e para o pluralismo

É necessário reconhecer a participação de todos os povos, e isso se inicia com o reconhecimento legal de seus direitos, bem como a efetivação destes direitos, como algo que se concretiza com a quebra de velhos paradigmas, numa transição que se finalizará com uma sociedade mais democrática, multicultural e intercultural e de resgate do Bem-Viver. Segundo Antonio Carlos Wolkmer (2019, p. 18):

a reflexão se justifica e ganha qualidade por inserir e sublinhar o direcionamento por um pluralismo jurídico que tem sua fonte no poder comunitário e na ação participativa de múltiplos sujeitos sociais, revelando-se paradigma contra-hegemônico de dimensão prático-teórica para espaços societários emergentes, marcados por profundas desigualdades sociais e ineficiências em modalidades convencionais de justiça estatal.

O pluralismo como projeto emancipatório identifica-se com as práticas sociais insurgentes, Retorno ao pluralismo, tendo tais críticas em mente. Desde uma noção de pluralismo jurídico como “projeto cultural pluralista e emancipatório que permite aduzir um ‘novo’ Direito – um Direito produzido pelo poder da comunidade e não mais unicamente pelo Estado”, em que “rompe-se com a configuração mítica de que o Direito emana tão-somente da norma cogente estatal, instaurando-se a ideia consensual do Direito como ‘acordo’, produto de necessidades, confrontos e reivindicações das forças sociais na arena política.”Enunciar as condições que servem como seus fundamentos – para diferenciar tal propos-

ta de outras que afirmam o pluralismo (já que se poderia aventar um pluralismo de viés conservador) –, quais sejam, os de eficácia material e os

fundamentos de efetividade formal. Os de eficácia material englobam o conteúdo, os elementos constitutivos; concretamente, está-se a falar da emergência dos novos sujeitos coletivos e da satisfação das necessidades humanas fundamentais. Os novos sujeitos coletivos superam a concepção de sujeito individual erigida na modernidade. Ao mesmo tempo, retoma-se a noção de sujeito, com nova dimensão, apostando contrariamente à propugnada “morte do sujeito”. Cabe restringir ainda a noção, pois é nos novos movimentos sociais em âmbito político e sociológico que se visualiza o ator histórico de luta pela transformação por excelência. São eles, os movimentos, que buscarão a realização das necessidades humanas fundamentais, configuradas como o segundo elemento de efetividade material. Um complexo de necessidades é montado a partir da insurgência desses sujeitos coletivos. Importa compreendê-las não apenas como carências que precisam ser satisfeitas por questões de necessidade material, mas sim como uma construção histórico-contingencial, de atores que se encontram em um determinado espaço geopolítico, também temporalmente localizados.

Para que o direito possa descobrir a outridade latente na América Latina, e chegar a ser descolonizado, há um movimento dialético necessário no que diz respeito ao rompimento com modernidade; pois, enquanto uma mudança normativa pode permitir/revelar o estabelecimento de outras relações sociais de produção no espaço público – que não as capitalistas e colonizadas –, por sua vez é somente com uma mudança no sistema social dominante do espaço público, que é produzido e produz o direito, que se muda o modo de compreensão – ou a ideologia – que dá sentido e explica os textos jurídicos. Por isso a importância de reconhecimento do Pluralismo Jurídico Comunitário-Participativo, já que

com seus elementos de efetividade material e formal passando a atuar legitimamente enquanto direito na América Latina, se abrem portas para, ao mesmo tempo, provocar uma mudança nas relações sociais travadas, e permitir que novos esquemas de compreensão, interpretação e atuação no mundo se façam aparentes no espaço público e possam resignificar. O rompimento com a colonialidade e dependência é condição, dessa forma, para uma transformação de fundo no direito moderno latino-americano, já que a estrutura de poder que é forjada pelo Estado como o espaço público por excelência tem sua base assentada na legitimidade deste mesmo direito que, sob o manto jurídico das Constituições e seus direitos fundamentais aparentes, se considera o único válido e eficaz. O padrão de poder que permite/autoriza determinadas relações sociais e impede/proíbe outras se vale de uma práxis erótica, pedagógica, filosófica, econômica e jurídica que, encobrindo o Outro com violência, ou impõe o Mesmo, uma compreensão de mundo estrita – eurocêntrica – que permite sua exploração e dominação. O papel do direito, neste sistema, é não só ameaçar com a violência, senão que organizá-la para alcançar a legitimidade necessária para perpetuar tais relações opressoras, e o faz por meio do Estado de Direito. É justamente a larga duração do Estado-Nação moderno, que perpetua essas relações desiguais que fez com que a deslegitimação do direito moderno fosse respondida com luta política, em sentido amplo, isto é, uma luta que envolve aspectos sociais, culturais, simbologias, mentalidades e subjetividades.

Isso pode ser verificado a partir da análise das estratégias de luta ocorridas sobretudo neste início de século XXI, pois assentadas na interculturalidade (WALSH, 2007), permitiram que os Outros se reconhecessem entre si enquanto oprimidos e superexplorados e, assim, pudessem questionar a legitimidade do direito e o modelo de Estado opressor instalado, reivindicando o reconhecimento e incorporação de formas outras de organizar e (re)produzir a vida em sociedade. De aqui já se pode inferir que o processo

de luta, resistência e mobilização dos movimentos populares no século XXI, correspondeu à deslegitimação social deste direito moderno enquanto única representação das relações sociais existentes – sob a desigualdade encoberta - e enquanto força coatora, tendo como consequência a valorização do Pluralismo Jurídico que reconhece a importância de conquistar o espaço público participativamente.

Deslegitimando este direito e, assim, toda a estrutura estatal moderna, tornou-se possível garantir a soberania popular num novo processo constituinte deste espaço – ainda sob a denominação Estado. A luta destes encobertos/silenciados/subalternizados historicamente revelou-se responsável pelo questionamento de todo o modelo jurídico assentado no sujeito de direito individual com autonomia de vontade racional e num direito uniformizado e, assim, deslegitimou o Estado de Direito moderno nos países analisados, a Bolívia e o Equador.

Portanto, o reconhecimento da diversidade de formas jurídicas existente na sociedade – e dar-lhes a todas a denominação de direito – verificou-se como um processo necessário à descolonização do direito: seja porque se revelam práticas comunitárias e participativas da produção e aplicação de normas que organizam a vida em sociedade como iguais ao que poderia ser considerado “o” direito; seja porque, com esse descobrimento, é possível fazer escolhas – resistir, tensionar - ante uma infinidade de relações sociais. Outras que assaram a se integrar/ ser visibilizadas no espaço público com autonomia.

É neste sentido que buscou-se demonstrar a importância do pluralismo jurídico comunitário-participativo como componente do Novo Constitucionalismo latino-americano de viés decolonial enquanto possibilidade para o descobrimento do Outro.

A inserção do reconhecimento do Pluralismo Jurídico de tipo comunitário e participativo seria, assim a responsável por permitir, por meio de seus elementos de efetividade material e formal plas-

mados nos textos constitucionais, que ocorram mudanças substanciais para o constitucionalismo das sociedades pesquisadas e assim para suas formas de direito e Estado. Este representa a consciência do comunitário e sua utilização como estratégia de transformação – e na Plurinacionalidade – como significado da busca por participação autônoma no espaço social.

6. Considerações finais

O “novo” constitucionalismo latino-americano promoveu uma ressignificação de conceitos como legitimidade e participação popular – direitos fundamentais da população –, de modo a incorporar as reivindicações de parcelas da população ou de grupos que foram subalternizados pelos discursos hegemônicos e sempre ficaram fora dos processos decisórios. Nosso objetivo ao longo deste trabalho foi defender uma ideia segundo a qual a epistemologia tradicional (ou teoria do conhecimento) ou a epistemologia jurídica tradicional de características coloniais encontra-se em crise, originada na manutenção de um modelo de construção do conhecimento, ou de um fazer ciência que insiste em ser fechado, preciso, restrito, ou de preservar um tipo de conhecimento centrado na objetividade ou na relação construída entre sujeito-objeto, em que o primeiro somente reproduz o objeto dado e subalterniza saberes. Demonstramos que este tipo de construção epistemológica precisa ser revisto/redefinido, pois embora o chamado “senso comum teórico dos juristas” insista em preservá-lo, já vai longe o tempo em que estes podiam afirmar a existência de verdades transcendentais que descortinariam a trilha rumo à descoberta de um sentido estático, prévio, intrínseco aos preceitos jurídicos e, com isso, definir de modo inequívoco a subsunção da norma aplicável ao caso concreto.

Referências

- BEDIN, G., Luiz Alberto Warat e a epistemologia jurídica: algumas reflexões sobre a trajetória de um jurista surpreendente. Cátedra Luis Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Leonel Severo Rocha, Cecilia Caballero Lois, Marcelino Meleu –Florianópolis: CONPEDI, 2015.
- BULCÃO, M. *O racionalismo da ciência moderna: uma análise da epistemologia de Gaston Bachelard*. 2. ed. Londrina: Editora da UEL, 1999.
- BUNGE, M. *Epistemologia*. Tradução de Cláudio Navarra. 2. ed. São Paulo: T. A. Queiroz: Editora da USP, 1987.
- CARBONNIER, J, *Sociologie juridique*. Paris: Armand. Colin, 1972.
- DAMAZIO, E. P. *Colonialidade e decolonialidade da (Anthropos) logia jurídica: da Universalidade a pluriversalidade epistêmica*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2011.
- DINIZ, M. H. *Ciência jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FAJARDO, R. Y. pluralismo jurídico, derecho indígena e jurisdicción especial en los países andinos. *Revista El Otro derecho*, n.30. Variaciones sobre La justicia comunitaria. Bogotá: ILSA, 2004.pp.171-196. Disponível em: www.ilsa.org.co/publicaciones/otroderecho.htm. Acesso em: 17 de setembro de 2012.
- FEYERABEND, P. K. *Contra o método*. Tradução Cezar Augusto Mortari. São Paulo: UNESP, 2007.
- FIGUEIREDO, C. V. S. Estudos subalternos: uma introdução aos estudos subalternos. *Revista Raído*, Dourados, MS, v. 4, n. 7, jan./ jun. 2010.
- GARCÉS, F. Os esforços de construção descolonizada de um Estado plurinacional na Bolívia e os riscos de vestir o mesmo cavaleiro com um novo paletó. VERDUM, R. (Org.). *Povos indígenas*. Constituições e reformas políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos socioeconômicos, 2009, pp. 167-192.
- HALL, S. *Da diáspora: Identidades e mediações culturais*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Brasília: Representação da UNESCO no Brasil, 2003.
- KELSEN, H. *A teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- KUHN, T. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.
- LALANDE, A. *Vocabulaires technique et critique de la philosophie*. 10. ed. Paris: Presses universitaires de France, 1968.

- MACHADO NETO, A. L. La teoría egológica. In: MACHADO NETO, A. L. (Org). *Fundamentación egológica de la teoría general del derecho*. [S.I.: s.n.], [entre 1965 e 1977].
- MALISKA, M. *Pluralismo Jurídico: notas para pensar o direito na atualidade*. Trabalho de aula, 1997.
- MIGNOLO, W. Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política. *Cadernos de Letras da UFF*, Dossiê: Literatura, língua e identidade, Niterói, n. 34, p. 287-324, 2008.
- OLIVEIRA, O. M. *Relações internacionais – estudos de introdução*. Curitiba: Juruá, 2001.
- PENNA, A. G. *Introdução à epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2000.
- REIS NETO, J. Contra o monismo metodológico kelseniano. *Revista eletrônica de metodologia aplicada ao Direito*. Bahia: Faculdade de direito. Publicado em 25de janeiro, 2012.
- SAID, E. *Orientalismo: o Oriente como invenção do Ocidente*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- SANTOS, B. S. *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.
- SANTOS, B. S.; Maria Paula Meneses (Orgs.) *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010.
- SPIVAK, G. C. *Pode o subalterno falar?* Tradução de Sandra Regina Goulart Almeida; Marcos Pereira Feitosa; André Pereira Feitosa. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2010.
- TRINDADE, M. B. R. Perspectivas sociológicas da interculturalidade. In. *Revista Análise Social*. Vol. 28. Revista do Centro de Estudos das migrações e das relações interculturais da Universidade Aberta, 1993. pp.869-878.
- WALSH, C. *Interculturalidad, estado, sociedade: luchas (de)coloniales de nuestra época*. Quito-Ecuador: Universidade Andina Simón Bolívar/Ediciones Abya-Yala, 2009.
- WALSH, C. Interculturalidad y colonialidad del poder. Un pensamiento y posicionamiento “otro” desde la diferencia colonial. CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramón (Orgs.). *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre-Iesco-Pensar, 2007, pp. 47-62.
- WARAT, L. A. *Introdução geral ao Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, v. I.
- WOLKMER, A. C. Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v.10, n.4, 2019.

Translegalidade e pluralismo jurídico: Uma crítica à compreensão colonial sobre a difusão e a constituição dos sistemas jurídicos

Fernanda Frizzo Bragato

1. Introdução

O paradigma desde o qual o Direito vem sendo compreendido, sobretudo desde o século XIX, encontra-se profundamente enraizado na tradição jurídica ocidental. ‘Direito’, aqui, refere-se principalmente aos sistemas jurídicos dos atuais países que, pelo fato de terem sido colônias europeias, sofreram influência direta do modelo das suas leis e das suas instituições jurídicas, como é o caso dos países latino-americanos. Além disso, por ‘Direito’ também se pretende significar a ciência jurídica e as teorias que propões interpretações dessas leis e institutos, como, por exemplo, o Positivismo, o Jusnaturalismo e o Realismo, amplamente utilizadas no Brasil e elaboradas pelo pensamento europeu.

Mesmo que as condições históricas, políticas e econômicas do Brasil e, de resto, de todos os países latino-americanos, difiram substancialmente das que geraram as condições do Direito liberal e positivista europeu, compreender Direito no Brasil implica uma premissa raramente contestada. Esta premissa é a de que os sistemas jurídicos de diversos países no mundo hoje, notadamente as ex-colônias, constituíram-se como cópias do modelo europeu e que, por essa razão, pertencem à família da *Common Law* ou à da *Civil Law*. Esta premissa decorre do modo como os estudiosos construíram suas teorias sobre a formação e o desenvolvimento dos sistemas jurídicos mundo afora, que, segundo William Twining (2009, p. 269), implica mapeá-los como se, mais ou menos, pertencessem

ou derivassem destas duas famílias, prestando-se pouca atenção à sua hibridez e às suas particularidades.

Em diálogo com a obra do Professor Antonio Carlos Wolkmer, este artigo, originado de uma parte ainda não publicada de minha tese de doutorado defendida em 2009 no Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS, de cuja banca fez parte o autor homenageado neste livro, pretende identificar algumas insuficiências do modelo de compreensão da formação do Direito no mundo colonizado, como é o caso do Brasil e da América Latina, e como a ideia de pluralismo jurídico, defendida por Wolkmer, dialoga, de forma produtiva, com a proposta de translegalidade de Willian Twining.

2. A incorporação da América Latina ao quadro do Direito Ocidental

Ao analisar os caminhos trilhados pela tradição jurídica ocidental, Berman (2006) esclarece que Ocidente é uma noção que remete ao conjunto de culturas que partilharam a herança da antiga Grécia e Roma, em contraste com o “Oriente”, formado pelos estados islâmicos, Índia e Extremo Oriente. Outro fato que explica a distinção entre Oriente e Ocidente é a definitiva separação, em 1054, da Igreja cristã. Essa ruptura coincidiu com a emancipação da Igreja Romana em relação aos imperadores, reis e senhores feudais, e com a sua submissão à autoridade única do bispo de Roma. A autonomia política e jurídica da Igreja, nos primeiros séculos do segundo milênio, propiciou o surgimento do primeiro sistema jurídico ocidental: o Novo Direito Canônico da Igreja Católica Romana e, mais tarde, sistemas de direito seculares. São esses, segundo o autor (BERMAN, 2006, p. 12), os eventos que determinam a filiação de um povo à tradição jurídica ocidental. Esse foi o caso, nos séculos XI e XII, dos povos do oeste europeu (da Inglaterra à Hungria, da Dinamarca à Sicília), enquanto, nessa época, os povos

da Rússia e da Grécia permaneceram sob a influência da Igreja Ortodoxa Oriental. Somente mais tarde, esses países foram ocidentalizados, assim como as Américas de norte a sul e várias outras partes do mundo.

Ocidente é, portanto, uma noção mais cultural do que propriamente geográfica e seus limites variam de tempos em tempos. O cristianismo talvez seja a característica mais marcante dessa visão de mundo que forma o Ocidente, de modo que os referenciais hebraicos, gregos e romanos que convergiram para a sua formação sejam insuficientes para caracterizá-lo. As profundas, e talvez incontornáveis, diferenças entre essas três matrizes culturais não permitem deduzir semelhanças de visão de mundo entre si, mas, apesar disso, o Ocidente, a partir do final do século XI, combinou todos eles, dando origem a uma nova expressão cultural. Por essa razão, as noções de Ocidente e de modernidade se confundem, pois naquele as origens dos tempos modernos remontam ao período de 1050-1150 e não antes disso, segundo acentua Berman (2006). Por outro lado, quando se fala em tradição jurídica ocidental não se está falando de um sistema jurídico em particular; não existe um Direito do Ocidente, assim como não existe um Direito latino-americano. O que existe são instituições, procedimentos, valores, conceitos e pensamentos jurídicos que encontram raízes comuns num dado sistema de valores (BERMAN, 2006, p. 14).

Inúmeros fatores caracterizam e singularizam a tradição jurídica ocidental, segundo Berman (2006). A primeira delas é a relativa autonomia do Direito em relação a outras instituições também voltadas à regulação da conduta humana. Embora possam ser influenciadas pela moral, pela religião, pelos costumes e pela política, essas instituições estritamente não fazem parte do Direito, em si. Por isso, a aplicação do Direito é realizada por um grupo de pessoas especializadas, que se ocupam disto de forma profissional. Essa aplicação demanda instrução específica, que implica o domínio de uma técnica especializada de nível superior, com vocabulá-

rio e métodos próprios. Dentro dessa tradição, o Direito envolve, além da descrição das instituições jurídicas, uma metaciência destinada a avaliá-las e a analisá-las criticamente. Constituiu-se, portanto, como ramo de conhecimento especializado e oficializado.

Outro aspecto que marca a singularidade do Direito, concebido desde essa tradição, é a necessidade de expressar coerência, de converter-se em um sistema integrado, em um corpo harmônico que se prolongue no tempo. Esta organicidade tem a ver, segundo Berman (2006), com a particular visão histórica do Ocidente, em que as mudanças devem se processar como reflexo de algum movimento evolutivo. Trata-se, antes, de um processo de desenvolvimento, que deve adaptar o velho às necessidades do novo, reinterpretando o passado para atender às demandas presentes e futuras. A isso se liga, ainda, a ideia de superioridade do Direito em relação às autoridades políticas. Ou seja, a sedimentação dessa tradição jurídica andou *pari passu* com a crença de que determinados preceitos legais são imunes ao arbítrio do monarca (hoje, dos governantes), o que pode ser explicado pela forte influência do paradigma cristão e individualista sobre a sua formação (BERMAN, 2006, p. 19-21).

Antonio Carlos Wolkmer (2015) destaca que o Direito da sociedade moderna responde ao tipo de sociedade burguesa, de economia capitalista, de ideologia liberal-individualista e organizada politicamente em torno da figura do Estado-nação. Essas estruturas produziram um paradigma jurídico marcado pelos princípios do monismo, da estatalidade, da racionalidade formal, da certeza e da segurança jurídica. Segundo estes princípios, regras genéricas e abstratas, produzidas por um só agente – o Estado-nação – são formuladas para realidades unitárias e homogêneas, centradas na figura do sujeito racional, de modo a construir um modelo jurídico abstratamente igualitário. O igual tratamento de todos perante a lei torna-se um dogma, ainda que convivendo com um mundo dispar e plural composto por sujeitos culturalmente diferentes e socialmente desiguais.

A ligação dos sistemas jurídicos dos países latino-americanos ao modelo jurídico ocidental é um fenômeno que se explica desde o marco do colonialismo. A inserção da América Latina na tradição da *Civil Law*, ou sistema romano-germânico, que, ao lado da *Common Law*, ou sistema legal anglo-americano, compreende a família do Direito Ocidental, encontra-se referida na influente obra de mapeamento dos sistemas jurídicos do mundo em grupos ou famílias legais de René David (2002, p. 33):

A família de direito romano-germânica está atualmente dispersa pelo mundo inteiro. Ultrapassando largamente as fronteiras do antigo Império Romano, ela conquistou, particularmente, toda a América Latina, uma grande parte da África, os países do Oriente Próximo, o Japão e a Índia. Esta expansão deveu-se em parte à colonização, em parte às facilidades que, para uma recepção, foram dadas pela técnica jurídica da *codificação*, geralmente adotada pelos direitos românicos do século XIX.

Segundo David (2002, p. 23), a família romano-germânica, à qual pertencem os países latino-americanos, formou-se sobre a base do direito romano, em que as regras de direito são concebidas como regras de conduta. A principal atividade da ciência jurídica no modelo romano-germânico é vista como a determinação das condutas e, por isso, há pouca atenção ao problema da aplicação do direito. A pertença, não só da América Latina, mas dos demais povos que “aderiram” a esta tradição é assim justificada, por David (2002, p. 28):

Todos os Estados, é verdade, fizeram uma concessão às ideias do ocidente, porque isso lhes pareceu necessário para manter sua independência e realizar determinados progressos. Os homens do mundo contemporâneo não repudiaram, entretanto, os pontos de vista que ainda numa época recente eram geralmente aceitos na sua sociedade. Todos reconhecem, sem dúvida, a superioridade

dade técnica do ocidente; as opiniões estão, entretanto, divididas quanto à superioridade, em bloco, da civilização ocidental. O mundo muçulmano, a Índia, o Extremo Oriente, a África estão longe de lhe terem dado uma adesão sem reservas; continuam, em grande parte, fiéis a concepções nas quais o direito é compreendido de modo diferente, ou não é chamado a desempenhar a mesma função que no ocidente.

Em artigo onde discute o panorama legal latino-americano, Jorge Esquirol (1997) afirma que René David compreende o Direito, em geral, como a soma das condições econômicas, sociais e culturais dadas pela história da respectiva sociedade. Mas no caso latino-americano, a sua percepção sobre a formação da cultura jurídica é diferente. Ao contrário do que ocorre em outros lugares, o Direito reside nas mãos dos juristas e não da sociedade, o que lhe confere o seu traço particular. Em outras palavras, o Direito é a visão dos juristas, que, com o propósito de corrigir insuficiências, falhas e ambiguidades preocupantes para a natureza científica do Direito, encarregam-se do projeto de aproximá-lo cada vez mais do seu ideal: o modelo europeu. Assim, em apoio à política liberal e à promoção da ciência jurídica (positivista), David sustenta um Direito Europeu na América Latina, legitimando o engajamento dos juristas latino-americanos na tarefa de elaborar uma ciência jurídica aos moldes europeus e imitar o seu modelo de sociedade.

Já no que se refere ao critério de pertença a um mesmo sistema jurídico, Esquirol (1997) observa que René David o identifica no compartilhamento de uma mesma ideologia, que, na família legal ocidental, é constituída por três elementos: moralidade cristã, democracia liberal e capitalismo. Por essa razão, o direito comparado teria a função de unificar o Direito dentro de um projeto concertado de propagação e aperfeiçoamento da sua cientificidade.

Esquirol (1997) explica que, ao defender o compartilhamento da ideologia da moralidade cristã, da democracia liberal e do capitalismo pela América Latina, além de incluí-la na família jurídi-

ca do Ocidente, David lhe atribui a tarefa de reforçar este modelo, propagando não só o seu cientificismo, mas também os ideais subjacentes, numa posição, evidentemente, de importador. Todavia, essa ideologia é muito mais um compromisso compartilhado entre os juristas latino-americanos, ou seja, entre aqueles que produzem e conduzem as instituições jurídicas, do que pelas sociedades latino-americanas em si, o que, porém, assegura a continuidade da inserção latino-americana no projeto jurídico europeu. Por outro lado, a limitada conexão social com a matriz do direito europeu é o custo gerado pela problemática (não) adaptação à realidade social e a consequente ineficácia do Direito na América Latina.

Segundo a análise de Twining (2009, p. 270), este modelo, que divide os diversos sistemas jurídicos mundo afora em praticamente duas categorias, reúne “pressupostos questionáveis e omissões significantes”, que apresenta as seguintes características: 1) Implica a existência de um exportador e um importador; 2) A importação e a exportação dão-se entre países, ou seja, entre Estados-nação; 3) Trata-se de um processo de mão única em que o país A (europeu, via de regra) transfere seu modelo ao país B (ex-colônia, via de regra); 4) O principal objeto de recepção são leis e conceitos jurídicos; 5) Os principais agentes do processo de importação-exportação são os governos; 6) A recepção envolve positividade formal em um dado momento; 7) O objeto de recepção retém sua identidade sem alteração significativa depois de recebido; 8) Geralmente, o exportador é o sistema legal da *Common* ou da *Civil Law* e o importador é um sistema legal menos desenvolvido, dependente (ex-colônia) ou adolescente (por exemplo, sistemas transnacionais); 9) Os mais numerosos exemplos de recepção são técnicos, ao invés de políticos; 10) Aquele que recebeu o objeto importado preenche um vácuo ou substitui um objeto anterior.

Daí os rótulos comumente usados para descrever os fenômenos de criação do Direito nos países que ocupam a posição de importadores, tais como recepção, transplante, expansão, transfe-

rência, exportação e importação, imposição, circulação, transmissão ou transposição. (TWINING, 2009, p. 271) Estes rótulos expressam justamente o processo de mão única pelo qual o modelo padrão de difusão do Direito é comumente compreendido e, além disso, o fato de toda a atenção ser dispensada ao Direito estatal, onde o fenômeno legal originado em um dado Estado-nação ou jurisdição é imposto, importado ou adaptado pelo outro. (TWINING, 2009, p. 276). Como mostra Esquirol, uma das consequências deste modelo foi a inclusão do Direito latino-americano na família da *Civil Law*, razão pela qual Twining (2009, p. 269) afirma se tratar da reflexão do impacto do colonialismo na difusão do Direito, processo forjado no contexto do domínio europeu sobre mais da metade dos povos do Globo desde a conquista da América até a independência das últimas colônias após a Segunda Guerra Mundial.

A análise de Patrick Glenn (2007, p. 166) é no mesmo sentido, pois entende que não se pode negar que a tradição da *Civil Law* esteja associada à de dominação, na medida em que, primeiro, os romanos dominaram a Europa, provocando, enfim, o desaparecimento do Direito dos povos autóctones do continente, e, por fim, o mundo tornou-se uma zona de influência das leis da *Civil Law*, como resultado do processo de colonização. A tradição da *Common Law* também está presente em muitas partes do mundo e esse fenômeno é, igualmente, um efeito do colonialismo. Por essa razão, ambas representam a mesma ideia, se comparadas com outras tradições jurídicas, o que traz em si o projeto de universalização do Direito ocidental.

Dentro do projeto expansionista europeu, o Direito (em todas as variantes notadas acima) tornou-se mais um produto de exportação operando nos moldes do modelo padrão de difusão do Direito. Este período coincide justamente com o apogeu do expansionismo do domínio europeu sobre o mundo, que se inicia com a conquista das Américas e, muito provavelmente, por causa

disso. É nesse contexto, também, que, segundo Berman, se consolida a noção de Ocidente que, muito mais que uma indicação geográfica, é uma concepção ideológica que engloba, em seu centro, além da Europa ocidental, certos contextos espaço-temporais considerados suas extensões, como é o caso dos Estados Unidos da América, Canadá, Japão, Nova Zelândia e Austrália, enquanto a América Latina constitui a sua periferia.

Portanto, não somente o domínio direto dos países europeus sobre suas ex-colônias explica esse fenômeno. Segundo William Twining (2009, p. 271), o modelo padrão de difusão do Direito compartilha suas origens com a antropologia e a sociologia europeias do século XIX, em que a visão eurocêntrica foi definitivamente estabelecida. O projeto colonial que teve início com a conquista da América em 1492 representa, para Enrique Dussel (1993), a data de nascimento da modernidade, na medida em que permitiu à Europa afirmar sua centralidade planetária a partir da constituição dos espaços e dos povos periféricos. Nesse processo, a América Latina assumiu o seu lugar na história da modernidade, como a primeira periferia moderna, seguida, em pouco tempo, pela África e por grande parte da Ásia. Dussel explica que a afirmação da centralidade europeia só foi possível porque a periferia colonial funcionou como parte constitutiva dessa autodefinição, ocupando o lugar da negação da alteridade não-europeia. Evidentemente, a dominação não se deu apenas do ponto de vista econômico, mas, ao contrário, teve como condição de possibilidade o discurso eurocêntrico, que determinou a ideia de dependência dos povos colonizados aos padrões europeus de ciência, de conhecimento e de sociedade, aos quais se adjudicou a ideia de evolução e superioridade.

Assim como o modelo cientificista tornou-se determinante na constituição do saber europeu moderno, inclusive no Direito, onde o Positivismo Jurídico é o melhor exemplo, os sistemas jurídicos europeus foram alçados à categoria de modelo para o mundo. É dentro

desse movimento que se criou a noção de filiação dos sistemas jurídicos dos países colonizados aos modelos europeus: não somente por sua intrínseca superioridade, mas, também, pela incapacidade dos povos colonizados de criar o próprio modelo, tanto que a ineficácia do Direito é um preço que valeria a pena pagar.

Esta chave de leitura crítica propõe-nos entender os problemas ligados à ineficácia, distanciamento e incapacidade do Direito de lidar com os conflitos reais não como um problema da sociedade que não evoluiu o suficiente a ponto de se modernizar para conviver com o modelo ideal do Direito Ocidental, mas como um problema da forma como o Direito se constituiu e segue sendo teoricamente explicado de forma limitada e orientada a interesses elitistas.

Wolkmer (2015, p. 84) observa que, no Brasil, o modelo de legalidade implantado jamais respondeu às reais necessidades da população, aqui entendida como a grande maioria dos que estão submetidos a este modelo. Para o autor, o Direito brasileiro nasce e se desenvolve como resposta aos interesses das oligarquias agro-exportadoras ligadas aos interesses externos e adeptas do individualismo liberal, do elitismo colonizador e da legalidade lógico-formal:

Constata-se que em momentos distintos de sua evolução – Colônia, Império e República – a cultura jurídica nacional foi sempre marcada pela ampla supremacia do oficialismo estatal sobre as diversas formas de pluralidade de fontes normativas que já existiam, até mesmo antes do longo processo de colonização e da incorporação do Direito da Metrópole. A condição de superioridade de um Direito Estatal que sempre foi profundamente influenciado pelos princípios e diretrizes do Direito colonizador alienígena – segregador e discricionário com relação à população nativa – revela mais do que nunca a imposição, as intenções e o comprometimento da estrutura elitista de poder. (WOLKMER, 2015, p. 84).

Na busca por melhores modelos interpretativos da criação e da reprodução do Direito desde uma perspectiva global, Twining propõe a translegalidade como um retrato (imagem) mais variado e complexo do fenômeno. É disto que tratará o item seguinte que, ademais, analisa as convergências com a proposta de pluralismo jurídico de Antonio Carlos Wolkmer.

3. A difusão do direito sob uma perspectiva global: translegalidade e pluralismo jurídico

Uma nova perspectiva para compreender a gênese e a constituição de qualquer lei, instituto jurídico ou conceito legal de um determinado contexto espaço-temporal vem sendo atualmente defendida por Twining (2009. p. 278):

Se se adota uma perspectiva global e uma concepção ampla de exploração da lei em diferentes níveis de relações e de ordenação, e se se concebe a difusão do Direito como um aspecto da interlegalidade, pode-se construir um desafio sistemático de cada um destes elementos como uma necessária ou mesmo uma característica da difusão do Direito. Isto sugere que um retrato muito variado e complexo de divulgação da lei e da interlegalidade precisa ser construído. O retrato alternativo que emerge não pode ser capturado por um único tipo polar ‘ideal’, mas sim é uma série de variantes possíveis para cada um dos elementos no modelo simples¹.

1 “If one adopts a global perspective and a broad conception of Law operating at different levels of relations and of ordering, and if one conceives of diffusion of Law as an aspect of interlegality, one can construct a systematic challenge to each of these elements as a necessary or even a characteristic feature of diffusion of Law. This suggest that a much varied and complex picture of diffusion of law and interlegality needs to be constructed. The alternative picture that emerges cannot be captured by a single polar ‘ideal type’; rather it is a series of possible variants to each of the elements in the simple model”.

O que significa analisar o Direito, particularmente as formas de constituição dos sistemas jurídicos mundo afora, sob uma perspectiva global? Como Twining esclarece no prefácio de sua obra *General Jurisprudence*, sob a perspectiva global, a tradição jurídica ocidental, apesar de sua riquíssima herança, é apenas um modelo paroquial e estreitamente focado, tendendo ao etnocentrismo. Pretendendo ser mais compreensiva que isto, a perspectiva global permite construir uma visão alternativa à teoria legal que pressupõe a compreensão do Direito, implícita ou explicitamente, sob os cânones ocidentais, propondo visões do Direito no mundo, razoavelmente abrangentes. Isso implica tomar em conta realidades transculturais que, por conseguinte, desafiam noções padronizadas sobre justiça, direitos humanos, difusão, pluralismo legal entre outras (TWINING, 2009, p. XI). Em suas palavras, “desde uma perspectiva global é esclarecedor conceber a lei como uma espécie de prática social institucionalizada que é orientada para ordenar as relações entre os sujeitos em um ou mais níveis de relações ou ordenações”² (TWINING, 2009, p. 117).

Em outras palavras, a perspectiva global busca compreender os processos de difusão do Direito à luz das mudanças trazidas à tona pela globalização, que determinam a necessidade de se tomar em conta outras tradições e culturas legais que povoam o contexto contemporâneo.

Não se trata, portanto, de fazer um mapeamento do Direito mundo afora, eis que esse sempre foi o empreendimento padrão em termos de direito comparado, como claramente mostra o exemplo dos Grandes Sistemas de David.³ Construir mapas, nes-

2 “From a *global perspective* it is illuminating to conceive of Law as a species of *institutionalised social practice* that is *oriented to ordering relations* between *subjects* at one or more *levels* of relations or ordering”.

3 David esclarece na introdução de sua obra que, “com efeito, se no mundo contemporâneo existem muitos direitos, estes se deixam classificar em um número limitado de famílias, de modo que a nossa finalidade pode ser conseguida sem entrar no pormenores de cada direito, expondo as características gerais de algumas famílias, às quais uns e outros se ligam”. A seguir, David estabelece as

se sentido, implica suprimir especificidades daquilo que está sendo descrito, sem contar a própria dificuldade de se saber exatamente o que está sendo descrito. Na medida em que o Estado-nação apenas superficialmente representa um dado contexto jurídico, é difícil definir se o que se está sendo mapeado é um sistema, uma ordem, uma tradição, ao mesmo tempo em que não há critérios para se definir qual a menor unidade que pode ser incluída nesse mapa. De modo que as análises resultantes mapeiam, no máximo, aspectos superficiais de dado contexto jurídico. Para Twining (2009, p. 68-70), é inadequado teorizar o Direito considerando-se apenas o nível nacional e internacional, eis que muitas ordens legais podem coexistir no mesmo contexto espaço-temporal.

É precisamente nesse sentido que a obra de Wolkmer faz parte de uma perspectiva global para compreensão abrangente do fenômeno legal. Não é possível, por exemplo, compreender o Direito no Brasil sem atentar para o pluralismo e para os atores que promovem e animam as mudanças legais. Segundo Wolkmer (2015, p. 219) o pluralismo das práticas comunitárias é a expressão das experiências de direito informal, direito insurgente, direito paralelo ou direito alternativo. Tais experiências surgiram nas sociedades capitalistas contemporâneas marcadas pela ineficiência do Estado em satisfazer demandas por direitos de vários setores da sociedade. É nesse contexto que se inserem as pesquisas de Boaventura Santos, nas favelas do Rio de Janeiro nos anos 70, sobre as formas próprias de resolução de conflitos dessas comunidades, por meio de práticas legais autogestoras, totalmente diferentes das regras estatais, motivadas pela inércia do Estado em tutelar os direitos das pessoas que vivem nessas comunidades.

principais famílias como sendo a família romano-germânica (à qual pertence a América Latina, na sua classificação), a família da *Common Law* e a família dos direitos socialistas, as quais são consideradas as três principais então existentes. Como famílias secundárias, David ainda inclui os direitos muçulmano, hindu, judaico e da África e de Madagáscar. Ibid., p. 23-32.

Para Twining, as teorias legais devem reconhecer e levar em conta o pluralismo como a principal característica da cultura pós-moderna, de forma convergente a Wolkmer. Para este autor (WOLKMER, 2015), a principal característica do Pluralismo Jurídico é a negação de que o Estado seja a fonte única e exclusiva de todo o Direito. Tal concepção minimiza ou nega o monopólio de criação de normas jurídicas por parte do Estado, aceitando a produção de outras formas de regulamentação geradas por instâncias sociais providas de certa autonomia e identidade própria. O pluralismo relativiza a onipotência do centralismo moderno de que o único Direito, com grau de obrigatoriedade e com reconhecimento oficial, é aquele emanado do poder do Estado, expresso sob a forma escrita e publicizada da lei.

Muitos fenômenos animados pela globalização operam em níveis subglobais e são dificilmente detectáveis quando se busca compreender o Direito de uma forma verdadeiramente ampla; no entanto, analisar o Direito sob a perspectiva global implica abertura à grande diversidade dos fenômenos legais nos dias de hoje. Por isso, Twining (2009, p. 275) defende que uma disciplina do Direito, que se pretenda razoavelmente compreensiva, necessita abranger todos os níveis da ordem legal, as relações entre esses níveis e todas as formas importantes de Direito, incluindo as supraestatais (por exemplo, regionais e internacionais), bem como as não-estatais e as várias formas de *Soft Law* e ordens legais. Ganha destaque, nesse contexto, mais que as leis e os institutos jurídicos propriamente ditos, as práticas sociais institucionalizadas, isto é, os comportamentos sociais com força normativa desde o ponto de vista daqueles que estão sujeitos a essa força. Tais práticas não constituem, portanto, atos formais de criação de leis, senão, em última análise, crenças e atitudes a respeito de sua legitimidade, obrigatoriedade e poder prescritivo. (TWINING, 2009, p. 118).

Para Wolkmer (2015, p. 162), “fonte”, em Direito, significa os diferentes modos de sua formação e as múltiplas expressões de

seu conteúdo histórico na realidade social. Assim entendido, não se limitam ao que produz oficialmente o Estado, mas “reproduzem a manifestação dos seres humanos inter-relacionados, que vivem, trabalham, participam das lutas e conflitos, buscando a satisfação das necessidades cotidianas”. Os movimentos sociais, entendidos como “sujeitos históricos transformadores, advindos de diversos estratos sociais e integrantes de uma prática política cotidiana com reduzido grau de institucionalização, imbuídos de princípios valorativos comuns, resistentes às estruturas oficiais de poder, e objetivando a realização de necessidades humanas fundamentais” (WOLKMER, 2015, p. 130) são fontes de produção normativa importantes que configuram o pluralismo jurídico no Brasil.

Tomando em conta as formas como realmente o Direito se constitui em dada sociedade, Twining reúne argumentos para contestar as formas tradicionais de se entender a difusão do Direito. Ao contrário de um processo de mão única, a difusão do Direito obedece a um processo multidirecional, de mútua influência e que obedece a diferentes variáveis. De acordo com Twining (2009, p. 270-283), pensar, especialmente, a formação do Direito sob uma relação colonial pressupõe a imposição de regras e instituições por um determinado exportador, via de regra, a matriz colonial, e a recepção passiva das mesmas pela colônia (ou ex-colônia). A tendência é assumir que, ao menos nos tempos modernos, a difusão envolveu um movimento de exportação dos modelos da *common* ou da *civil Law* desde os centros de poder até as colônias ou as periferias menos desenvolvidas.

O erro dessa perspectiva é que a difusão do Direito pode se dar entre diferentes ordens legais e através de diferentes níveis geográficos e não apenas horizontalmente entre sistemas legais estatais. Embora os Estados-nação continuem a jogar o papel mais importante em termos de domínio legal, o direito não-estatal, ou seja, aquelas leis e instituições criadas espontaneamente na sociedade, assim como sistemas legais supra-estatais, caminham lado a lado,

de modo que a difusão do Direito também se opera nesses níveis. Da mesma forma, os caminhos pelos quais o Direito se difunde podem ser complexos e indiretos, determinando recíprocas influências entre diferentes sistemas legais. (TWINING, 2009, p. 281). Ademais, muito além de os processos de difusão envolverem atos formais de adoção de leis e institutos jurídicos, eles ocorrem, muito frequentemente, em níveis menos formais, onde ideias, comportamentos ou acontecimentos são recebidos e ressignificados de modo a causar impacto direto na teoria legal, nas leis, nas instituições ou mesmo nas decisões judiciais.

Berman (2006, p. 22) adverte que é totalmente inadequado, para um estudo da cultura jurídica transnacional, levar-se em conta o conceito tradicional de Direito como um conjunto de regras derivadas de atos normativos e decisões jurisprudenciais. O Direito envolve mais que um conjunto de regras que, ao contrário, só fazem sentido no contexto de instituições, procedimentos, valores e modos de pensar. Assim, as fontes de direito não se restringem à vontade do legislador, mas abrangem a razão e a consciência, os usos e os costumes de dada comunidade. Portanto, assim como qualquer fenômeno ou ideia pode ser difundido, e não apenas regras e instituições legais, qualquer agente pode conduzir esse processo, e não apenas governos.

A difusão do Direito desenvolve-se, pois, através de um longo processo que não se coaduna com uma simples e passiva recepção, na medida em que isso envolve a mistura de novos elementos a uma tradição já complexamente constituída. Disso decorre o fato de que a incorporação do objeto vindo de outra cultura jurídica jamais retém sua integral identidade, mas sofre alterações, mais ou menos profundas, adaptando-se ao novo contexto através de sucessivas reinterpretações (TWINING, 2009, p. 282-4).

Ainda outro aspecto frequentemente assumido pelo modelo padrão de difusão do direito é que o objeto importado preenche um vácuo jurídico ou, então, substitui objetos preexistentes. Segun-

do o autor, no contexto colonialista, esta concepção advém da subestimação, muitas vezes consciente, por parte dos exportadores, do Direito indígena ou mesmo preexistente; no caso latino-americano, uma coisa coincide com a outra. Ao contrário disso, os processos de difusão são, muito mais frequentemente do que se imagina, mediados pelos atores locais. (TWINING, 2009, p. 285-6). Por não se tratar de expedientes tecnológicos, mas extremamente dependentes do contexto no qual serão adotados, não se pode, portanto, falar de êxito ou de insucesso da recepção de certo objeto jurídico. Da mesma forma, não se pode pretender transplantá-lo, importá-lo ou assimilá-lo como qualquer inovação ou dispositivo tecnológico, no intuito de obter a mesma modernização social ou legal que o suposto criador obteve.

O Direito dos países latino-americanos transita, assim, entre dois pólos. De um lado, houve a imposição da cultura jurídica pelas metrópoles ao longo do período colonial e a consequente formação das instituições legais após as independências, à luz da tradição legal europeia ocidental (tribunais, codificações e operadores do Direito). Assim, pelo menos até a consolidação dos movimentos constitucionais do final do século XX, o modo de produção capitalista e o liberalismo individualista tiveram forte impacto no processo de positivação do Direito estatal e no desenvolvimento específico do Direito privado. De outro, a tradição de mais de três séculos de opressão e de desigualdade, que contribuiu para as lutas de independência no continente, foi o fio condutor para o desenvolvimento de um humanismo propriamente latino-americano que também teve impactos na constituição dos seus sistemas jurídicos. Como observa Wolkmer (2003, p. 33), “não mais o humanismo abstrato, racional e universalista da cultura hegemônica do colonizador, mas um ‘humanismo concreto’, nascido da prática histórica de exaltação do nativo, enquanto ser humano capaz de gerir o seu destino”.

4. Considerações finais

Para Esquirol (1997), não há dúvida de que grande parte das leis e dos institutos jurídicos latino-americanos é inspirada no modelo europeu; isso é bastante claro no sistema jurídico brasileiro, sobretudo em relação aos Códigos de até cinquenta anos atrás. No entanto, o discurso segundo o qual o Direito na América Latina seria um braço do Direito Europeu apenas contribuiu para o seu afastamento e sua inaptidão para lidar com os reais conflitos sociais, na medida em que o conectou exclusivamente à obra intelectual dos juristas.

Por outro lado, essa concepção reforçou uma condição neo-colonial contra a expressão da maior parte da sociedade no Direito, isolando-os entre si. A análise de René David em relação ao Direito latino-americano, exposta por Esquirol, adequa-se perfeitamente ao modelo de difusão do Direito criticado por Twining e serve para revelar as suas inconsistências. Esquirol, que evidentemente não compartilha a ideia de que o Direito latino-americano seja uma mera cópia do modelo romano-germânico, na medida em que as sociedades latino-americanas não são as europeias, muito embora seus juristas finjam sê-lo, considera essa concepção mais uma ficção sobre o Direito compartilhada na América Latina.

Wolkmer aporta importante contribuição para contestar a visão colonial sobre o Direito Brasileiro e latino-americano, chamando a atenção para a necessidade de se levar a sério o pluralismo que, de fato, constitui e transforma a ordem jurídica. O diálogo entre os autores trabalhados nesse artigo aponta para uma necessária revisão do modo como compreendemos o Direito distanciado da realidade social, o que responde, em grande medida, pela disfuncionalidade e pelas enormes dificuldades de acesso à justiça, de solução justa e satisfatória dos conflitos e de aplicação desigual da lei.

Referências

- BERMAN, H. J. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. Tradução de Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.
- DAVID, R. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DUSSEL, E. Eurocentrism and modernity: introduction to the Frankfurt lectures. BEVERLEY, J; OVIEDO, J (Org). The postmodernism debate in Latin America. *Boundary 2*, Durham, v. 20, n. 3, p. 65-76, fall, 1993.
- ESQUIROL, J. L. The fictions of Latin American law. *Utah Law Review* 425, Salt Lake City/USA, p. 437, fall, 1997.
- GLENN, H. P. *Legal traditions of the world: sustainable diversity in law*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- TWINING, W. *General jurisprudence: understanding law from a global perspective*. New York: Cambridge University Press, 2009.
- WOLKMER, A. C. Humanismo e cultura jurídica latino-americana. WOLKMER, A. C. (org.). *Humanismo e cultura jurídica no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.
- WOLKMER, A. C. *Puralismo Jurídico. fundamentos de uma nova cultura no direito*. 4a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

O discurso de James Monroe em 1823 e seus reflexos contemporâneos sobre os povos latino-americanos: uma revisão histórico-crítica

Daniel Raizer Fiamoncini, Débora Ferrazzo

1. Epílogo

Conhecemos o Professor Wolkmer em nossos estudos de pós-graduação, ambos no Mestrado (Débora em 2013, Daniel em 2020), mas antes disso já conhecíamos sua obra e por isso, tivemos nos últimos anos o privilégio, dialogando com “a fonte”, de conhecer melhor o pensamento desse destacado teórico. Os anos de convivência a partir do festejado encontro presencial vem sendo profícuos, pois tem nos ensinado cotidianamente não apenas as teorias críticas, mas também a importância da interlocução com as demais, a postura de um pesquisador sério, a importância da ética, e, entre tantas outras lições, a importância da alteridade: com notável generosidade, nosso Professor compartilha sem reservas todo o seu conhecimento e festeja as conquistas de todos os seus discípulos. O convívio com o Professor Wolkmer é uma das maiores dádivas que a academia nos deu.

Por isso, recebemos com entusiasmo essa oportunidade, que nos permite não só contribuir com uma justa e merecida homenagem, mas também revisar uma das preciosas lições que o Professor Wolkmer nos ensinou: a importância da teoria crítica e da história do Direito para a análise dos fenômenos jurídicos, o que nos conduz às discussões interdisciplinares. Desde nossas primeiras aulas na pós-graduação, a provocação para essa abertura epistemológica tem nos auxiliado a expandir nossa plataforma reflexiva e compreensiva, para além da dogmática jurídica que tende a permear a formação na graduação jurídica. Daí a proposta de discutir uma expressão singular de poder (a condensada num discurso proferido no século XIX) que foi abstraída (na forma de doutrina) no curso da história para projetar efeitos sobre as sociedades perifé-

ricas contemporâneas. Este ensaio é desenvolvido sob a aplicação do método de procedimento histórico que Wolkmer nos ensinou.

2. Introdução

Os deslindes sobre as várias facetas – dissimuladas ou manifestas – das políticas internacionais estadunidenses, há muito tempo são alvos de estudos. Com a Doutrina Monroe não foi diferente, tendo sido seu conteúdo objeto de análise desde o século XIX. O problema recai, principalmente, não na substância textual da Doutrina, exposta, na verdade, pelo discurso do presidente James Monroe, mas sim na sua aplicabilidade.

Debate-se a legitimidade de seus termos, que abrangem, dentre outras coisas, a defesa dos países situados nas Américas (do norte, centro e sul) e cuja independência já havia sido conquistada. Embora tenha sido uma declaração unilateral feita pelos EUA, sem prévia anuência dos países que pela Doutrina seriam afetados, foi recebida com entusiasmo após sua revelação. Fato é que existem eventos que comprovam as contradições entre seu discurso e sua prática, mormente quando se nota que certas disposições deixaram de ser aplicadas em alguns momentos importantes, ao passo que em algumas situações não previstas foi invocada. Durante quase 200 anos de existência (1823 – 2021), ora a Doutrina era utilizada como fundamento para as ações estadunidenses, ora eram utilizados seus corolários, sendo o principal deles o Corolário Roosevelt. Nem mesmo o século XXI se viu livre dos mandamentos da Doutrina, visto que, após ser renegada por Barack Obama, foi citada por Trump na 73ª Assembleia Geral da ONU e declarada em vigor pelo assessor deste em um discurso, causando estranheza aos mais atentos. Se a Doutrina está ativa, como declarado, então ela é passível de utilização na contemporaneidade. Além disso, o resgate de seu discurso original implica que caso esteja sendo, ou venha a ser

empregada, será igualmente repleta de contradições, à semelhança de outrora.

Levando-se em conta que se trata da categoria de privilégios discursivos – a serem trabalhados aqui em analogia à obra “A Ordem do Discurso” de Foucault (1996) – promovido pelos EUA no âmbito de suas políticas externas a fim de impedir a verdadeira libertação dos povos latino-americanos, busca-se, dentro do referido contexto, desmistificar esse mesmo discurso hegemônico falacioso. Isso se deve ao fato de terem os EUA sob Donald Trump explicitado o desejo pela manutenção da gerência hemisférica em tempos recentes, o que traduz *per se* a importância dessa análise para a defesa dos interesses dos povos latino-americanos.

Para ser possível determinar se a Doutrina –ou ao menos alguns de seus termos– veio a ser aproveitada na contemporaneidade, o primeiro tópico servirá para expor, através de uma breve revisão histórica com o aporte de Antonio Carlos Wolkmer, o conteúdo da Doutrina e seu principal corolário (Roosevelt), com comentários pontuais a fim de demonstrar como sua divulgação não passou de mera retórica diversionista elaborada pelos EUA para afastar antigos colonizadores e ampliar sua influência no continente americano.

O segundo tópico abordará alguns casos em que a Doutrina foi invocada por países que sofriam algum tipo de ameaça na época (séc. XIX), como Argentina e Brasil, além de análises mais detalhadas sobre o caso do México e de Cuba. Tais casos servem para escancarar que os EUA se valiam da Doutrina apenas quando seu uso gerava algum benefício próprio, deixando de aplicá-la em algumas ocasiões sob diversas justificativas, demonstrando clara contradição com aquilo que foi anunciado no discurso de Monroe. O último tópico busca demonstrar a influência contemporânea da Doutrina, partindo das falas de Donald Trump e de seu assessor John Bolton, que expuseram, conforme referido, a intenção de retomar a política monroísta para as Américas. Para tanto, será

utilizado o método de procedimento histórico e a técnica de pesquisa bibliográfica, recorrendo-se aos mais diversos tipos de fontes indiretas, como livros, artigos, discursos e cartas presidenciais dos EUA, com vistas a atender o objetivo central, que é verificar se a Doutrina, de fato, chegou a ser utilizada na contemporaneidade, e de que forma ela foi retomada. Finalmente, o método de abordagem a ser utilizado é o dedutivo, adotando as elaborações teóricas de caráter mais geral e abstrato como critério de análise da aplicabilidade contemporânea da Doutrina Monroe.

Com relação ao procedimento histórico, Wolkmer ensina que a História do Direito, como parte da história geral, situa o Direito como fenômeno sociocultural, “inserido num contexto fático, produzido dialeticamente pela interação humana através dos tempos e, materializado evolutivamente por fontes históricas, documentos jurídicos, agentes operantes e instituições legais reguladoras” (WOLKMER, 1999, p. 4). Esse entorno não apenas é mola propulsora das expressões jurídicas como também lhes reveste de sentido, permitindo sua melhor compreensão.

Por isso, Wolkmer teorizou e contribuiu significativamente para uma “renovação crítica da história do direito”, o que, na lição do autor, demanda a reflexão a respeito do desenvolvimento histórico e a reinterpretação do Direito numa perspectiva interdisciplinar, reconhecendo suas dimensões econômica, social e política. Dessa forma, o Direito passa a ser percebido como reflexo da estrutura em que está inserido, que abrange, dentre outras, as relações de forças societárias (formação social), das representações ideológicas (visão de mundo), pelas manifestações de poder e pelo modo de produção (WOLKMER, 2005, p. xv-xvi; 2015b, p. 23-24). Com relação à teoria crítica, Wolkmer (2015a, p. 29-30) a conceitua como

[...] instrumental pedagógico operante (teórico-prático) que permite a sujeitos inertes, subalternos e colonizados uma tomada histórica de consciência, desencadeando processos de resistência que conduzem à

formação de novas sociabilidades possuidoras de uma concepção de mundo libertadora, antidogmática, participativa, criativa e transformadora. Trata-se de proposta que não parte de abstrações, de um a priori dado, de um instituinte fundante, da elaboração mental pura e simples, mas da experiência histórico-concreta de lutas, da prática cotidiana insurgente, dos conflitos e das interações sociais e das necessidades humanas essenciais (Grifo no original).

Apenas, portanto, os sujeitos periféricos podem formular a crítica libertadora a respeito de suas experiências históricas concretas, emergindo como intérpretes de sua história e de suas experiências, verbalizando suas necessidades e aspirações. Orientando-se por esse fio condutor, as seções seguintes lançarão um olhar crítico sobre a doutrina Monroe, procurando situá-la em seu contexto fático, compreender suas determinantes e, a partir disso, problematizar seus efeitos sobre as sociedades periféricas. Trata-se de uma revisão histórico-crítica que busca reposicionar os povos periféricos, deslocando-os de sua posição definida pelo discurso hegemônico (objeto de conquista) para a posição de “subalternos e colonizados” em um processo de “tomada histórica de consciência” a respeito de sua posição e da necessidade de uma “prática cotidiana insurgente”.

3. A doutrina Monroe e seus corolários: retóricas nas disputas geopolíticas

Apesar dos indícios, não há consenso acerca da autoria do texto que viria a ser a “Doutrina Monroe”, exposto no discurso do então presidente dos EUA James Monroe¹, em dezembro de 1823. De acordo com Inmman (1921, p. 638), muitos historiadores acre-

1 Cf. em <https://www.whitehouse.gov/about-the-white-house/presidents/james-monroe/>

ditam ter sido elaborada em 1822 por John Quincy Adams², secretário de Estado dos EUA durante o governo de Monroe. Há também pesquisadores que afirmam que a ideia central da Doutrina já havia sido explorada anteriormente por países Sul americanos. Nessa linha de pensamento encontra-se Alejandro Alvarez (1917, p. 135-136), tido a sua época como autoridade em Direito Internacional, que em artigo publicado no *St. Louis Law Review*, em 1917, defendia a ideia de que os países Latino-Americanos, após sua libertação, temiam que não apenas os EUA, como também as potências europeias promoveriam ataques contra sua independência ou contra sua soberania.

Alvarez fundamenta-se para tanto, na aliança – chamada de Santa Aliança – formada através de um pacto, em 1815, pelos imperadores da Rússia e da Áustria e pelo rei da Prússia cujo objetivo era promover proteção mútua entre tais potências contra interferência externa. A Espanha enfrentava a revolta de suas colônias americanas e procurou ajuda dos países integrantes da Santa Aliança, porém não obteve êxito. Ocorre que esse cenário muda e, de 1818 a 1822, intervenções são feitas na Europa, atingindo também a Espanha. Ditas intervenções objetivavam restabelecer o trono desses países que haviam sido derrubados por levantes populares. Seguindo, Alvarez explica que a consequência desses atos promovidos pela Santa Aliança contra alguns países da Europa, foi que, devido ao receio de sofrer ataques semelhantes, os estadistas de todos os países sul-americanos sustentaram que o direito à independência era irrevogável e que não aceitariam intervenções, declarando que nenhum Estado da Europa poderia voltar a colonizar países do hemisfério sul da América. Nem mesmo os territórios inexplorados poderiam ser alvos de processos de colonização. Os sistemas políticos locais também estavam abrangidos por essa proteção. Essas opiniões, conclui Alvarez, foram expressas princi-

2 Não confundir com o segundo presidente dos EUA, John Adams. Cf. em <https://www.whitehouse.gov/about-the-white-house/presidents/john-quincy-adams/>

palmente por Bolívar, no Rio da Prata, no Chile, e até mesmo na América Central (ALVAREZ. 1917. p. 136-137).

Opondo-se à ideia de que as antigas colônias das Américas se manifestaram contra novas intervenções em seus territórios antes da declaração de Monroe, Vélez (2014) considera a Doutrina o ponto de partida para defesa da independência de tais territórios, tanto que em seu artigo “¿El ocaso de la Doctrina Monroe? Colombia y Brasil, entre el norte de siempre y um sur renovado”, sequer menciona manifestações anteriores à Doutrina estadunidense. Seguindo a mesma linha, Ricardo Seitenfus escreve que “[...] respondendo às condições da luta pela independência política da América Latina [...], *Washington manifesta, através da Doutrina Monroe*, sua decisão em apoiar os jovens Estados em sua luta pela emancipação da tutela europeia” (SEINTENFUS, 2003, p.2. Sem grifo no original). Na verdade, poucos autores tratam o assunto pela ótica latino-americana de forma isenta, e Alvarez (2014) é um exemplo claro de parcialidade, sempre definindo os EUA como líder protetor das Américas. Os escritos sobre o tema, principalmente aqueles produzidos por autores estadunidenses, se analisados com cuidado, ajudam a perceber a intenção contínua em colocar os EUA na vanguarda da defesa dos territórios das Américas. Por isso é preciso expor alguns argumentos que defendem a Doutrina, porém, sempre com a devida atenção às retóricas utilizadas.

Como dito, nota-se, em vários textos, principalmente naqueles de autores não latino-americanos, uma necessidade em relativizar a Doutrina de forma geral, mantendo o foco no amparo que ela trouxe aos países latino-americanos e deixando de lado uma análise mais profunda dos efeitos a longo prazo que ela produziria, numa tentativa de desqualificar ou ao menos enfraquecer as teses dos autores que a enxergam como uma política pensada e produzida especificamente para benefício próprio dos EUA em sua sanha por hegemonia. Essa disputa por poder assume novas proporções com

o advento do liberalismo e situa os EUA como um dos protagonistas da contenda então globalizada. É que

O aparecimento histórico do Liberalismo deu-se a partir do desenvolvimento do comércio, do favorecimento de uma classe média individualista e produtiva [de modo que] o Liberalismo surgiu como nova visão global do mundo, constituída pelos valores, crenças e interesses de uma classe social burguesa na sua luta histórica (WOLKMER, 2015b, p. 36-37).

O autor prossegue situando essa luta originalmente no continente europeu e “contra a dominação do Feudalismo aristocrático-fundiário”, o que caracterizou o liberalismo como expressão de uma nova ética, pautada no individualismo e na busca por liberdade. Inicialmente, tratava-se de uma pauta revolucionária da burguesia e contava com o apoio de outros grupos sociais que enfrentavam outros tipos de opressão, como os camponeses, mas posteriormente, com a fase industrial, a burguesia assume o poder político e consolida o controle econômico, excluindo o povo de ambos. Nessa nova configuração, os EUA assumem uma das posições centrais entre as sociedades pós-industriais, o chamado Primeiro Mundo, em oposição aos países periféricos, entre os quais, os latino-americanos (WOLKMER, 2015b, p. 37; 86). A partir daí, pode-se compreender que a busca dos EUA por hegemonia projeta-se sobre o território global, e suas investidas serão sentidas principalmente pelos territórios e povos considerados objetos de conquista, espaços a serem dominados e colonizados.

A posição dos EUA acerca da permanência e interferência das potências europeias em seu território foi exposta já pelo primeiro presidente dos EUA, George Washington em sua carta de despedida. Em um trecho desse documento, que data de 1796, George Washington discorre sobre a importância da união contra forças externas: “[...] todas as partes combinadas não podem deixar

de encontrar [...] maior força, maior recurso, proporcionalmente maior segurança contra o perigo externo, uma interrupção menos frequente de sua paz por nações estrangeiras” (WASHINGTON, 1976, p. 8. Tradução livre³). Mais adiante ele escreve: “É nossa verdadeira política evitar alianças permanentes com qualquer parte do mundo estrangeiro”, e continua, ao sustentar que as alianças devem ser “temporárias e para emergências extraordinárias” (WASHINGTON, 1796, p. 22. Tradução livre⁴). Desde a fala do presidente Washington, que antecede a Doutrina Monroe, percebe-se que a preocupação dos EUA era defender seus próprios interesses, apenas isso.

O ano de 1815 foi essencial para o desenvolvimento da Doutrina Monroe. Os acontecimentos daquele ano geraram desconforto não apenas para os EUA, mas também para os países latino-americanos. Nessa questão, as hipóteses convergem em sua maioria; o que as divide é a dúvida sobre se os EUA tomaram proveito da situação ou se realmente visaram o bem comum. Importa notar que, tanto para Tucker (1903) e Alvarez (1917), que defendem, quanto para o mexicano José López Portillo y Rojas (1912), que traz em seu texto duras críticas à Doutrina Monroe, o pacto da Santa Aliança em 1815, ocorrido após as guerras napoleônicas (ROJAS. 1912. p.8) entre Rússia, Prússia e Áustria, causou histeria entre os países do norte, centro e sul da América. E com razão, pois a proposta do pacto, feita pela Rússia às cortes europeias, segundo Cervo e Bueno (2011) buscava manter os princípios do sistema arcaico, quais sejam, o “legitimismo monárquico, o intervencionismo (para conter as revoltas populares), a mística do cristianismo

3 While then every part of our country thus feels an immediate and particular interest in union, all the parts combined cannot fail to find in the united mass of means and efforts greater strength, greater resource, proportionably greater security from external danger, a less frequent interruption of their peace by foreign nations; and, what is of inestimable value!

4 It is our true policy to steer clear of permanent alliances with any portion of the foreign world [...] we may safely trust to temporary alliances for extraordinary emergencies

e o governo supranacional dos povos” (CERVO; BUENO. 2011. p.21).

Como demonstração da força da Santa Aliança, que legitimava as preocupações com intervenções europeias, toma-se o texto de Roja, segundo o qual, em 1820 Fernando de Nápoles foi obrigado pelo partido liberal a conceder uma Constituição à Itália, mas a manobra foi impedida pelos aliados Rússia, Prússia e Áustria, que reestabeleceram a monarquia absoluta naquele país (ROJAS. 1912. p.9). Algo parecido ocorreu com a Espanha e no Congresso de Verona em 1822 (TUCKER. 1903. p.4; ROJAS. 1917. p.8), que discutiu as insurreições espanholas que aconteciam desde o ano anterior. O enviado da Inglaterra, Duke of Wellington não tomou partido, entendendo que devido à inquestionável supremacia comercial do país que representava, seu importante comércio com as Américas do sul e central prosperariam mais sob o domínio local do que sob o domínio espanhol (TUCKER. 1903. p.4). A Inglaterra, portanto, queria ver livres de interferências as repúblicas hispano-americanas e não demorou muito em abandonar o apoio à Santa Aliança, chamando a atenção do ministro estadunidense Rush sobre os perigos que a Aliança representava às instituições liberais. O chefe do ministério britânico Canning esclareceu a Rush que a Espanha não tinha interesse em retomar suas antigas colônias, nem a Inglaterra desejava obter qualquer vantagem sobre o continente americano. A correspondência entre Canning e Rush chegou à Washington em 1823 causando grande agitação (ROJAS. 1912. pp. 9-10).

Os fatos acima descritos são antecedentes históricos do que viria a ser a Doutrina Monroe. Percebe-se que o objetivo primeiro dos EUA, com base na propaganda temerária acerca do intervencionismo da Santa Aliança, era tomar medidas isolacionistas frente a uma possibilidade real de intervenção europeia em seu território e que este objetivo foi aos poucos sendo estendido para o resto do continente americano, tornando factível o estabelecimen-

to da hegemonia estadunidense nas Américas (KUHN; ARÉVALO. 2016. p.2).

A partir da transcrição da doutrina Monroe (MONROE DOCTRINE. 1823), entretanto, as intenções dos EUA para com o resto do continente não se fizeram tão claras. Antes de mais nada, a América Latina historicamente sempre foi vista com “maus olhos” pelos EUA. Segundo Schoultz (2000), um dos apontados como criador da Doutrina Monroe, o já citado John Quincy Adams – que foi secretário de Estado durante a presidência de Monroe e depois se tornou presidente – mantinha opiniões estereotipadas a respeito da América Latina, baseadas, principalmente, no desprezo que seu pai tinha sobre todos os hispânicos⁵ (SCHOULTZ. 2000. p.11-21). O menosprezo de Adams para com os hispânicos, e consequentemente por suas antigas colônias, é apenas mais um dos indicativos de que os EUA não queriam defender os povos latino-americanos da ingerência dos europeus a custo de nada. Não se protege uma comunidade inteira, dispersa em vastos e longínquos territórios, ao mesmo tempo em que a inferioriza. A contradição é evidente, pois ao passo que Adams sente repulsa por tais povos, escreve em determinado momento – levando em conta a tese de que foi ele quem desenvolveu o texto da Doutrina Monroe – que “[...] os continentes americanos, pela condição livre e independente que assumiram e mantêm, passam a não ser considerados como sujeitos para futura colonização por quaisquer potências europeias” (MONROE DOCTRINE. 1823. Tradução livre⁶).

5 Para informações sobre os pormenores do citado desprezo de Adams para com os hispânicos, sugere-se a leitura da passagem do texto de Schoultz (2000. p.11-21), que trata da única viagem de Adams para a Espanha, aos 12 anos, com seu pai. Cf. em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4380105/mod_resource/content/1/ESTADOS%20UNIDOS%2C%20PODER%20E%20SUBMISS%C3%83O.%20LARS%20SCHOULTZ%20%281%29.pdf

6 “that the American continents, by the free and independent condition which they have assumed and maintain, are henceforth not to be considered as subjects for future colonization by any European powers...”

Wanderley Costa (1992) explica em poucas palavras em que consistia a doutrina quando da declaração de Monroe e como ela foi utilizada posteriormente. Em seu livro “Geografia Política e Geopolítica” ele escreve que a mensagem presente na declaração de Monroe

[...] não passava, quando de sua declaração, de uma tomada de posição dos EUA ante a projeção para o continente americano das políticas das “Santa Aliança”, mas que nas décadas subsequentes tornar-se-ia uma referência obrigatória para a compreensão da política externa norte-americana. Na verdade, essa doutrina significava, antes de tudo, uma autêntica autoproclamação de “direitos naturais” de uma “jovem potência” que emergia do outro lado do Atlântico, para o livre exercício de sua política de expansão nesta parte do globo (COSTA, 1992. p. 66).

A partir disso, nota-se a intenção que tinham os EUA em dar início a expansão territorial e a seus planos de comando sobre todo território da América Latina. Igualmente, os corolários da Doutrina Monroe se encarregaram de manter tais ambições estadunidenses. O mais famoso deles⁷, conhecido como Corolário Roosevelt, amplificou o predatismo e desvendou muito das reais intenções dos EUA. Theodore Roosevelt, o 26º presidente dos EUA, segundo Bonafé (2015), fez uma declaração relacionada com a Doutrina Monroe, alterando explicitamente seu caráter defensivo, no que ficou conhecido como o Corolário Roosevelt. Basicamente, o Corolário pretendia tornar legítimas as intervenções militares dos EUA alegando serem elas defensivas e preventivas, pois não intentavam angariar territórios, mesmo que utilizassem da diplomacia das canhoneiras⁸ para receber pagamentos de dívidas e frear movimentos

7 Outro corolário à Doutrina Monroe foi o de Herny Cabot Lodge. Cf. em <http://academic.brooklyn.cuny.edu/history/johnson/lodgemd.htm>

8 Segundo Souza (2018, p. 66), é um “termo frequentemente associado com

revolucionários (BONAFÉ, 2015, p.1-2). Dessarte, tanto a Doutrina Monroe, quanto seus Corolários, em especial o produzido por Roosevelt, foram ferramentas produzidas flagrantemente – visto as contradições – visando o comando dos territórios das Américas pelos EUA, afastando em primeiro lugar as potências europeias, e, em segundo lugar, tomando a frente na “defesa” de este lado do Atlântico.

No que diz respeito à tomada do discurso para si, a posição dos EUA perante seus vizinhos continentais pode ser entendida de forma análoga com o que dispôs Foucault sobre o discurso. “A Ordem do Discurso”, obra editada a partir da aula inaugural do autor no “Collège de France” em 02 de dezembro de 1970 (STOLZ, 2008, p. 160), enfatiza o discurso enquanto objeto de análise para Foucault, cujos textos anteriores já haviam percorrido o tema (SILVA; MACHADO, 2015). Em determinado momento, o autor expõe na referida obra supor que “em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos [...]” (FOUCAULT, 1996, p. 8-9), sendo um desses procedimentos de exclusão a “interdição”, ligado à categoria de desejo e poder.

Dos tipos de interdição, chama atenção “[...] o direito privilegiado ou exclusivo do sujeito que fala” que, assim como os demais (“tabu do objeto [e] ritual da circunstância”), manifesta-se com mais afinco nas regiões da sexualidade e política (FOUCAULT, 1996, p. 9). Prosseguindo, o autor informa outro procedimento de exclusão que não a interdição, este voltado à uma “separação e rejeição”. Neste ponto Foucault traz ao debate a “oposição razão e loucura”, esclarecendo que há tempos não é possível equiparar o discurso do louco aos demais, pois lhe falta a verdade ou, caso seja aproveitado, o é secretamente. Diz o autor:

demonstrações abusivas de poder naval” Cf em: <https://periodicos.uff.br/hoplos/article/view/28786/16714>

É curioso constatar que durante séculos na Europa a palavra do louco **não era ouvida**, ou então, se era ouvida, era escutada como uma palavra de verdade. Ou caía no nada [...]; ou então nela se decifrava uma razão ingênua ou astuciosa, uma razão mais razoável do que a das pessoas razoáveis. De qualquer modo, excluída ou secretamente investida pela razão, no sentido restrito, **ela não existia**. Era através de suas palavras que se reconhecia a loucura do louco; elas eram o lugar onde se exercia a separação; mas **não eram nunca recolhidas nem escutadas**. Jamais, antes do fim do século XVIII, um médico teve a ideia de saber o que era dito (como era dito, por que era dito) nessa palavra que, contudo, fazia a diferença. Todo este imenso discurso do louco retornava ao ruído; **a palavra só lhe era dada simbolicamente, no teatro onde ele se apresentava**, desarmado e reconciliado, **visto que representava aí o papel de verdade mascarada**. (FOUCAULT, 1996, p. 11-12. Sem grifo no original).

Desse excerto surge então a analogia aqui proposta: Substitui-se os loucos pelos povos latino-americanos que, muito embora hoje se lhes reconheçam a sapiência, ocultam sua fala, isto é, não ouvem seus discursos, pois não lhes creditam direitos pelo fato de serem os direitos discursivos verdadeiros privilégios hegemônicos. Nesse sentido, os povos latino-americanos podem ser vistos como personagens que se apresentam, assim como o louco para Foucault, desarmados e reconciliados, cuja palavrada é apenas simbólica, mesmo que represente uma verdade.

Assim sendo, toma-se o discurso de James Monroe como representante maior desse direito privilegiado, papel autoconcedido pelos EUA frente a todos os outros territórios da América Latina. Resta portanto, expor alguns fatos que acabam por revelar como o discurso de Monroe tornou-se uma Doutrina de dominação hemisférica, omitindo vozes e impedindo uma plena libertação.

4. Quando fatos revelam contradições

Alguns casos ocorridos a partir da Declaração da Doutrina Monroe expressam bem as contradições existentes. Dentre eles, estão os fatos acontecidos em relação ao México e Cuba, que serão utilizados para demonstrar que mesmo tendo sido, até certo ponto, um instrumento importante contra novas intervenções europeias no continente americano, foi utilizada politicamente pelos EUA apenas quando servia a seus interesses. Serão utilizados também, exemplos de outros países, como Brasil e Argentina, a fim de contextualizar os acontecimentos históricos e reforçar as teses que intentam desvendar o projeto por trás da Doutrina.

Em alternados e inúmeros momentos, a Doutrina Monroe sofreu de inação e os pretextos nunca foram totalmente convincentes. Segundo Carlos Teixeira (2014), a Doutrina Monroe foi recebida com entusiasmo principalmente pela Argentina, Brasil – o primeiro da América do Sul a demonstrar interesse –, Colômbia e México (TEIXEIRA, 2014, p. 118). O sentimento geral à época satisfazia-se em crer que a proteção estadunidense seria estendida a todas as novas repúblicas. Stewart (1930) relata, por exemplo, que as Províncias Unidas do Rio da Prata – atual Argentina – encontraram-se em conflito com o Brasil pela anexação da Cisplatina – Banda Oriental do Uruguai – a seu território. Esse conflito fez com que a Argentina invocasse a Doutrina Monroe a fim de que os EUA intervissem em seu favor, alegando que Don Pedro I possuía, apesar de sua renúncia à Coroa, claros vínculos com Portugal, além de ter participado dos assuntos da Santa Aliança, devido a conexão de sua família com a Áustria. O primeiro presidente da Argentina, Bernardino Rivadavia, comunicou-se com o encarregado (embaixador) norte-americano em Buenos Aires, John Murray Forbes, que respondeu não poder se comprometer, nem seu país, com a disputa. Em suma, Rivadavia ainda insistiu no pedido de in-

tervenção várias vezes sem obter resposta (STEWART. 1930. p. 29-31; TEIXEIRA, 2014, p. 118).

Segundo Teixeira (2014), ao Brasil foi negada uma proposta de aliança, e a negativa à Colômbia ficou restrita a explicação de que a intervenção da Santa Aliança era pouco provável. O desca-so para com os países sul-americanos fica evidente no discurso do secretário de Estado Daniel Webster, em 1826, durante a Missão Panamá. As passagens que serão transcritas a seguir foram extraídas do discurso oficial de Webster. Primeiramente ele esclarece que os EUA não se veem obrigados a defender o território sul-americano:

Não nos comprometemos a pegar em armas, sob qualquer indicação de sentimento hostil das potências da Europa em relação à América do Sul. Se, por exemplo, todos os Estados da Europa se recusarem a negociar com a América do Sul [...] para nós isso não seria caso de interferirmos. Ou se um armamento tivesse sido fornecido pelos aliados para agir contra as províncias mais remotas de nós, como o Chile ou Buenos Aires, a distância da cena da ação, diminuindo nossa apreensão do perigo e também nossos meios de interposição, nos obrigaria a aceitar a ameaça (WEBSTER, 1826, p. 41. Tradução livre⁹).

A distância territorial foi a justificativa, porém, isso não condiz com acontecimentos posteriores. Segundo Albert Hardt (1917), em 1829, a Argentina ordenou a expulsão dos ingleses das

9 It did not commit us at all events to take up arms, on any indication of hostile feeling by the powers of Europe towards South America. If, for example, all the States of Europe had refused to trade with South America, until her States should return to their former allegiance, that would have furnished no cause of interference to us. Or if an armament had been furnished by the allies to act against provinces the most remote from us, as Chili or Buenos Ayres, the distance of the scene of action diminishing our apprehension of danger, and diminishing also our means of effectual interposition, might still have left us to content ourselves with remonstrance.

Ilhas Falkland (Ilhas Malvinas), sob a alegação de que eram terras suas quando estavam sob governo espanhol. Nesse caso, os EUA enviaram um navio e restituíram a posse do território a Inglaterra, que ocuparam o local. A distância entre territórios do norte e sul das Américas não foi um empecilho para que os EUA intervissem em favor de outro país, fazendo desmoronar a falaciosa justificativa dada em 1826 pelo secretário Webster. Contradições semelhantes ocorreram, segundo Rojas (1912), em 1835, quando os EUA se negaram a utilizar a Doutrina, mesmo sob protestos de diversos países, após a França e Inglaterra bloquearem a costa da Argentina em favor do Uruguai, e também quando no mesmo ano, Nicarágua e Honduras tiveram seus pedidos de ajuda negados pelos EUA. Além disso, quando Chile e Peru guerrearam contra a Espanha, em 1866, viram-se solitários por falta de apoio estadunidense, que alegaram que a neutralidade era a política adotada em caso de guerras legítimas (ROJAS, 1912, pp. 17-21). Os verdadeiros objetivos, capeados em forma de discursos bem elaborados, tornam-se ainda mais evidentes nos casos do México e Cuba.

Monroe, após atestar a independência das primeiras nações latino-americanas, considerou a aquisição de territórios do México e também de Cuba (SCHOULTZ, 2000, p. 37). Desde sua independência, os EUA já flertavam com a ideia da expansão de seu território original, outrora restrito às treze colônias (COSTA, 1992, p. 65). Impulsionada pelo Destino Manifesto¹⁰, a política expansionista dos EUA, que já havia conquistado o estado de Louisiana da França (1803), o Estado da Flórida da Espanha (1819) e o território de Oregon da Inglaterra em 1846, após negociações (SCHOULTZ, 2000, p. 18; COSTA, 1992, p. 65), visava também

10 O termo Destino Manifesto foi cunhado por John L. O'Sullivan e tinha por objetivo justificar a expansão territorial dos EUA, principalmente em relação ao Texas. Diz respeito a vocação, em que, através de verdadeira propaganda, os EUA afirmavam o dever em levar seu modelo de vida aos outros países. De acordo com o criador do tema, Deus estava ao lado dos EUA em sua busca por expansão, portanto, era esse seu destino divino. Cf. em <https://periodicos.uff.br/mundolivres/article/view/39970/23044>

as terras ao sul pertencentes ao México, que já havia conquistado a independência. O Estado do Texas era prioridade, devido sua extensão, e ao mesmo tempo era o maior empecilho (HARDT, 1917, p. 101). Webster (1826) explicita o interesse dos EUA na região do Golfo do México, considerada uma região marítima estratégica. Ao contrário dos EUA, o México se encontrava completamente degradado, e com isso, os estadunidenses aproveitaram a situação declarando nos relatórios de seus primeiros emissários a desordem mexicana (SCHOULTZ, 2000, p. 35). O México, assim como outros países latino-americanos, sofreu uma colonização violenta de mais de três séculos, que acabou com suas riquezas e deixou o país em completa desorganização social e política. A colonização terminou, mas um México independente e sem experiência política foi eivado de lutas internas por poder em meio a um cenário caótico (GUZMÁN, 1982, p. 127).

Em 1836, por motivos como segregação, diferenças religiosas, dentre outros¹¹, o Texas não apenas se declarou independente, como teve sua independência reconhecida, passando a ser visto pelos EUA como um território a ser conquistado (RUSSEL, 1914, p. 99). Esse fato levou o México a declarar que qualquer tentativa de anexação do Texas ao território estadunidense significaria guerra, que de fato acabou ocorrendo entre os dois países no ano de 1846, levando a anexação do Texas ao território dos EUA e, inclusive, à cessão, por parte do México, de grande quantia de seu território a partir de 1848 (RUSSEL, 1914, p. 113). O cenário acima descrito não condiz com a formulação teórica da Doutrina Monroe, pois quando a guerra entre México e EUA eclodiu, o princípio básico da doutrina, que era o da não intervenção, foi deixado de lado em prol da política expansionista norte-americana. O México ainda seria vítima, em 1862, de intervenção francesa, sem que os EUA intervissem. A Justificativa foi que naquele período, os EUA esta-

11 O Estado do Texas era ocupado por população majoritariamente estadunidense, apesar de pertencer ao México (RUSSEL, 1914)

vam em guerra civil – a guerra da secessão – e, mesmo percebendo que a França implantara no México um sistema monárquico, optou por não agir e cuidar de seus interesses internos. Em 1865, ao fim da guerra civil, no entanto, os EUA impõem a retirada das tropas francesas sob pena de luta armada (PRADO, 2014, p. 626). Rojas (1912), afirma sobre tais acontecimentos, que “nada mais contrário a ela [a Doutrina Monroe] que a aventura de Napoleão III¹² na América, destinada, não a colonizar, senão a conquistar um território e a estabelecer uma monarquia neste lado do Atlântico” (ROJAS, p.22. Tradução Livre¹³). Seja qual for o motivo, fato é que os EUA deixaram a França intervir e inclusive derrubar uma república para implantar uma monarquia.

Outro caso explícito em que os EUA, por interesses próprios, deixaram de aplicar a doutrina, se deu em relação à Cuba. O primeiro presidente americano a considerar Cuba como território a ser adquirido foi Thomas Jefferson¹⁴, em 1807, ou seja, Washington (a capital) sabia da importância estratégica da ilha há bastante tempo. Monroe recebeu, em 1823, do próprio Jefferson - já com certa idade – recado de que a anexação de Cuba era o que faltava como ponto estratégico para os EUA (SCHOULTZ, 2000, p. 66). Ante o insucesso em obter, no ano de 1848, as terras da ilha em negociações com a Espanha, os EUA passaram a apoiar estrategicamente a independência de Cuba (ROJAS, 1912, p. 20). Portanto, a ideia original não era ver Cuba independente, senão ter o território sob sua posse; porém, para os EUA, melhor um país independente que sob domínio europeu. Prova contundente do interesse estadunidense na ilha, é uma carta enviada por Jefferson à Monroe antes mesmo da declaração da Doutrina:

12 Napoleão III foi quem ordenou a intervenção francesa no México (PRADO, 2014, p. 626)

13 [...] nada más contrario á ella [Doutrina Monroe] que la aventura de Napoleon III em América, destinada, no á colonizar, sino á conquistar um território y á establecer una monarquía de este lado del Atlántico.

14 Thomas Jefferson foi o terceiro presidente dos EUA.

Eu confesso candidamente que sempre vi Cuba como a mais interessante adição que jamais poderia ser feita em nosso sistema de estados. O controle que, junto com o ponto da Flórida, nos daria sobre o Golfo do México [...], preencheria a medida de nosso bem-estar político. Ainda assim, como sou sensível ao fato de que isso nunca poderá ocorrer, mesmo com seu consentimento [de Cuba], a não ser por guerra; e como sua independência [de Cuba], que é nosso segundo interesse, e principalmente sua independência da Inglaterra, que pode ser garantida sem guerra, [...] não hesito em aceitar sua independência com a paz e a amizade da Inglaterra, ao invés da sua associação, às custas da guerra e de sua inimizade (JEFFERSON, 1823. Tradução Livre¹⁵)

Já no fim da Guerra da Independência Cubana, em abril de 1898, após uma série de eventos, incluindo pressão interna invocando a Doutrina Monroe, os EUA reconheceram a independência de Cuba (BONAFÉ, 2015, p. 4-5). Na Conferência de Washington (1889-90), José Martí¹⁶, na qualidade de delegado de outras nações latino-americanas (NASSIF, 2010, p. 32), declarou:

Por que invocar, para estender o domínio na América, a doutrina que nasceu tanto de Monroe como de Canning, para impedir na América o domínio estrangeiro, para assegurar a um continente sua liberdade? Ou há que se invocar

15 I candidly confess that I have ever looked on Cuba as the most interesting addition which could ever be made to our system of states. The controul which, with Florida point this island would give us over the Gulph of Mexico, [...] would fill up the measure of our political well-being. Yet, as I am sensible that this can never be obtained, even with her own consent, but by war; I have no hesitation in abandoning my first wish to future chances, and accepting it's independance with peace, and the friendship of England, rather than it's association, at the expence of war, and her enmity.

16 Para mais informações cf. em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me4678.pdf>

o dogma contra um estrangeiro para trazer outro? Ou se termina com o estrangeirismo, que é de caráter diferente, nos interesses distintos, nos propósitos diferentes, por se vestir de liberdade, e privá-lo dos fatos, - ou porque o veneno dos empréstimos, dos canais e das ferrovias vêm com o estrangeiro? Ou é a doutrina a ser empurrada com toda sua força sobre os povos fracos da América, aquele que tem o Canadá ao norte, e as Guianas e Belize ao sul, e mandou manter, e manteve a Espanha e permitiu que ela voltasse, a suas próprias portas, ao povo americano de onde havia saído? (MARTÍ, 2011, p. 61. Tradução Livre¹⁷)

De fato, Martí compreendeu perfeitamente do que se tratava a Doutrina Monroe, acertando sua análise, pois, realmente, “é a doutrina a ser empurrada com toda sua força sobre os povos fracos da América” (MARTÍ, 2011, p.61).

5. Influências da doutrina Monroe na contemporaneidade

Rubens Barbosa, que foi embaixador do Brasil em Washington (1999-2004), inicia seu artigo para o Instituto Millenium (Imil) da seguinte forma: “O renascimento da Doutrina Monroe é a grande inovação do governo Trump na recém-anunciada política externa para a América Latina” (BARBOSA, 2018). Tendo em vista o cargo que ocupou, deve-se dar atenção a essa afirmação, que está

17 ¿A qué invocar, para extender el dominio en América, la doctrina que nació tanto de Monroe como de Canning, para impedir en América el dominio extranjero, para asegurar a la libertad un continente? O se ha de invocar el dogma contra un extranjero para traer a otro? O se quita la extranjería, que está en el carácter distinto, en los distintos intereses, en los propósitos distintos, por vestirse de libertad, y privar de ella con los hechos,- o porque viene con el extranjero el veneno de los empréstitos, de los canales, de los ferrocarriles? O se ha de pujar la doctrina en toda su fuerza sobre los pueblos débiles de América, el que tiene al Canadá por el Norte, y a las Guayanas y a Bélize por el Sur, y mandó mantener, y mantuvo a España y le permitió volver, a sus propias puertas, al pueblo americano de donde había salido?

acertada, levando-se em conta o próprio slogan de campanha de Trump, qual seja, “Make America Great Again”, algo como “Fazer a América Grande Novamente”¹⁸. Se em 2013, no governo de Barack Obama, o então secretário de Estado dos EUA afirmou, conforme noticiado em diversos jornais, como o AlJazeera (2019), que “A era da Doutrina Monroe chegou ao fim”¹⁹, em 2019, de acordo com o jornal The Economist, John Bolton, assessor de Segurança Nacional dos EUA, anunciou em um discurso em Miami que “a Doutrina Monroe está viva e bem”. Antes disso, na 73ª Assembleia Geral das Nações Unidas, em 2018, Trump já havia incluído a Doutrina Monroe em seu discurso:

Tem sido a política formal de nosso país, desde o presidente Monroe, que rejeitemos a interferência de nações estrangeiras neste hemisfério e em nossos próprios assuntos. Os Estados Unidos fortaleceram recentemente nossas leis para examinar melhor os investimentos estrangeiros em nosso país quanto a ameaças à segurança nacional e acolhemos com satisfação a cooperação com países desta região e de todo o mundo que desejam fazer o mesmo. Você precisa fazer isso para sua própria proteção (TRUMP, 2018)

O que segue oculto, tanto na declaração de Trump, quanto na de Bolton, é a qual América eles se referem ao invocar a defesa territorial do continente. Incontestavelmente, não é a América da Venezuela, da Argentina, do Chile, e nem do Brasil. Também não é a América de todos países que não sejam subservientes aos EUA.

18 O slogan não foi criado para campanha de Trump, mas sim, utilizado pela primeira vez em 1980, na campanha de Ronald Reagan. Cf. em <https://inventacom/pt/noticias/artigo/218/make-america-great-again-ja-nao-e- apenas-uma-questao-politica-mas-tambem-uma-disputa-de-marca>

19 Frase atribuída ao secretário de Estado dos EUA, John Kerry, por diversos veículos. Segundo consta, foi dita em um discurso, no ano de 2013. “The Era of the Monroe Doctrine is over”. Cf. em <https://www.aljazeera.com/news/2019/6/19/trump-revives-monroe-doctrine-as-warning-to-china-and-russia>

Em verdade, não basta ser subserviente para fazer parte a América pretendida pelos EUA, há que se entregar completamente; ou seja, para ser aceito pela nova política monroísta anunciada por Trump, um país deve se entregar de corpo e alma; desocupar seu território, renegar sua história, descuidar de sua cultura, negligenciar seus bens públicos, enfim, abandonar tudo mais que faça parte do campo progressista. Há que retroceder, e o retrocesso envolve o abandono da democracia, levando mesmo a crer na incompatibilidade entre democracia e capitalismo, ou, segundo Monedero (2012), em seu texto sobre pós-democracia, na “impossibilidade da democracia devido ao Estado de exceção permanente originado no modelo capitalista” (MONEDERO, 2012, p. 70. Tradução Livre²⁰). Está claro que a relembração da Doutrina Monroe pelos EUA, enfatizando que suas diretrizes seguem vivas, tem sua razão de existir, e novamente, a justificativa exteriorizada não é o objetivo a ser alcançado. É possível analisar o cenário recente utilizando exemplos que demonstram contradições, da mesma forma utilizada no tópico anterior para demonstrar as incongruências da aplicabilidade da Doutrina Monroe em diversos casos.

Vários são os episódios ocorridos desde o final do século XX até o presente ano (2021), que escancaram que a política predatória promovida pelos EUA, pouco mudou. De acordo com o Jornal The Guardian (2001), por exemplo, em maio de 1996, ao ser questionada por um repórter se valeu o preço da morte de aproximadamente 500 mil crianças na guerra contra o Iraque que ocorreu na década de 1990, a então secretária de Estado dos EUA Madeleine Albright, respondeu: “Acho que é uma escolha muito difícil, mas o preço – achamos que o preço valeu a pena”. A resposta de Madeleine demonstra o pensamento da cúpula do poder estadunidense quando o assunto diz respeito às políticas intervencionistas, e isso foi reforçado não muito tempo depois, quando em uma manobra unilateral contrária às determinações da ONU, os EUA

20 La imposibilidad de la democracia debido al Estado de excepción permanente originado en el modelo capitalista

novamente invadiram o Iraque com base no velho argumento de estar defendendo a paz mundial. Sobre a intervenção unilateral ao Iraque, discorre Wallerstein (2007) que “Os Estados Unidos tentaram obter endosso do Conselho de Segurança para a ação militar”, porém, ao perceberem que perderiam a votação, “retiraram a proposta da resolução e decidiram avançar sozinhos, sem legitimação da ONU” (WALLERSTEIN, 2007, p. 55), assim, no mês de março do ano de 2003, “uma coligação militar liderada pelos EUA invadiu o Iraque, em **violação do direito internacional**” (KOWALSKI, 2010, p. 12. Sem grifo no original).

Voltando a questão da aplicabilidade da Doutrina Monroe no século XXI e suas contradições, a partir de 2010 as similaridades para com o século XIX vão se tornando cada vez mais perceptíveis não somente no âmbito do discurso proferido, mas também nas ações intervencionistas por parte dos EUA. Como mencionado anteriormente, vários países foram alvo dessa empreitada notável estadunidense. Argentina e Brasil sofreram ataques híbridos²¹ com vistas a convencer o maior número possível de suas populações a acreditar que somente um alinhamento à direita os faria triunfar no futuro. Relata Hirschl (2009), que de 2006 a 2016 “tribunais constitucionais em mais de 25 países foram chamados para determinar o futuro político de líderes políticos importantes por meio de processos de impeachment ou de desqualificação” (HIRSCHL, 2009, p. 149). Dentre esses países, encontram-se o Brasil, cujo processo de *impeachment* derrubou o governo da presidenta Dilma, do Partido dos Trabalhadores, e a Argentina, que, apesar de sua presidenta, Cristina Kirchner, não ter sofrido *impeachment*, se-

21 O termo se refere a teoria da guerra híbrida promovida especialmente pelos EUA. A guerra híbrida pode ser entendida como um novo tipo de guerra, que se utiliza de várias estratégias de intervenção no intuito de evitar conflitos armados, reduzindo despesas e trazendo outros benefícios a quem dela se utiliza. Para melhor compreensão do assunto conferir o livro de Andrew Korybko “Guerras Híbridas: da Revoluções Coloridas aos Golpes”

gue alvo de numerosos processos²². Na Bolívia ocorreu um levante da extrema-direita contra seu então presidente Evo Morales, em um bizarro golpe, para dizer o mínimo, em que muitos dos participantes desta tomada à força do poder exibiam bíblias em mãos, a exemplo de Luis Camacho, advogado e político boliviano com participação ativa nos eventos anteriores e posteriores ao golpe na Bolívia²³. Ainda em 2020, Evo Morales, que se encontrava exilado na Argentina, conseguiu retornar ao país após seu partido vencer as novas eleições – propositalmente postergadas pelos que tomaram o poder – e ter lhe permitido o retorno²⁴.

Por fim, talvez o caso mais controverso – em certa medida devido a intensa propaganda estadunidense – seja o da Venezuela. Controverso, no caso, pois muitos são levados a crer que necessariamente ser contra o avanço e intervenção dos EUA na Venezuela, é ser a favor do governo de Nicolás Maduro, o que não é em nada verdade. Não se pode confundir uma coisa com outra. Como essa não é a questão debatida por este artigo, a história será abreviada mantendo-se o foco na relação entre a Doutrina Monroe e a contemporaneidade. A primeira informação que se deve atentar para com os ataques perpetrados contra a Venezuela, é que uma similaridade surge logo de início entre as contradições do século XIX e XXI com relação ao texto da Doutrina Monroe e sua aplicação

22 Cristina Kirchner alega ter sofrido perseguição política e Judicial. Sobre isso cf. em https://www.clarin.com/politica/ataque-directo-corte-cristina-kirchner-difundio-carta-publica-antipolo-fallos-hacer-fracasar-gobierno_0_Vaiz_LeSY.html; <https://www.jornada.com.mx/notas/2020/12/15/mundo/denuncian-la-persecucion-politica-contra-cristina-fernandez-y-sus-hijos-en-argentina/> e <https://www.pagina12.com.ar/311902-la-afip-denuncio-ante-la-justicia-la-persecucion-fiscal-del->

23 Sobre o golpe na Bolívia, conferir entrevista de Frany Gómez, antropólogo boliviano, disponível em <http://ppgcs.ufrj.br/wp-content/uploads/2020/07/Golpe-Elei%C3%A7%C3%B5es-e-o-Covid-19-na-Bol%C3%ADvia-Allyson.pdf>

24 Para informações sobre o novo presidente e o retorno de Evo Morales a Bolívia.

na prática: Assim como o México e os demais casos já elencados em tópico anterior, a Venezuela está situada geograficamente na América do Sul, portanto, deveria ter suas fronteiras protegidas, e não atacadas pelos EUA, caso fossem atendidas as proposições do discurso de Monroe. Já se sabe que não é isso que vem ocorrendo desde muito tempo. Trump, desde o começo de seu mandato, quase que simultaneamente à indicação de que a Doutrina estava ativa, desfere discursos odiosos sem qualquer intenção de aparentar legalidade em suas vontades. Os anseios por um golpe contra a Venezuela se fizeram claras, portanto, desde o início do governo de Trump.

Segundo Barbosa (2018), para quem “o retorno dessa percepção” monroísta deve ser vista com preocupação, “Na atualização trumpista, o crescimento econômico e o comércio na região devem estar associados ao aproveitamento dos recursos energéticos (petróleo, gás, eletricidade) e de infraestrutura”. Em relação à democracia, Barbosa diz que, “[...] em todos os países visitados [pelos EUA] a ênfase foi a situação política e econômica na **Venezuela** e a advertência para que o modelo da China não seja seguido” (BARBOSA, 2018. Sem grifo no original). Licença para compartilhar uma perplexidade: não é realmente impressionante como um país minúsculo e empobrecido – em muito devido aos embargos estadunidenses – como a Venezuela, consegue chamar tanta atenção da superpotência que são os EUA? Seria irresponsabilidade deixar de mencionar que a Venezuela possuiu, até o momento, “as maiores reservas de petróleo do mundo”, e igualmente irresponsável seria deixar de mencionar que, segundo o Dossiê nº17, produzido pelo Instituto Tricontinental de Pesquisa Social, em 2019, “as zonas de guerra das últimas décadas seguem a rota do petróleo” (ITPS, 2019, p. 6). Mas claro, os EUA jamais poderiam assumir seu interesse pelo hidrocarboneto (petróleo) venezuelano. Em 2019 ocorreram intensas ofensivas contra a Venezuela quase sempre com a justificativa de “ajuda humanitária”. Mas também ocor-

reu o já histórico dia da autoproclamação de Guaidó como presidente da Venezuela²⁵, explicitamente apoiado por Donald Trump, que o reconheceu como o novo presidente venezuelano.

De acordo com reportagem da versão brasileira do jornal alemão DW (2020), “um ano após se autoproclamar presidente interino da Venezuela, Juan Guaidó pediu [...] ajuda à elite econômica e política mundial reunida em Davos, na Suíça, no Fórum Econômico Mundial”. Esse pedido de ajuda bem pode ser entendido, ante o fato de Trump tê-lo reconhecido como presidente interino, como sendo direcionado aos EUA, mas perante o mundo. Nesse sentido, surge outra contradição, esta inédita: Um pedido de intervenção aos EUA, feito por um venezuelano, contra o próprio governo da Venezuela, e não contra um governo estrangeiro com intenções de derrubar a república, como determina a Doutrina Monroe. Por aquilo que foi exposto, pode-se dizer que aquilo que o Dossiê nº17 (2019) chama de “renovado intervencionismo americano”, que ocorre “desde o golpe contra Honduras em 2009” (ITPS, 2019, p. 2), pode muito bem ser denominado de A Doutrina Monroe do século XXI, pois o *modus operandi* é bastante similar, ou seja, declara-se, ou reafirma-se uma Doutrina em defesa do território de todas as Américas, contra intervenções externas, mas na prática, é puro diversionismo, pois utilizam o documento para intervir contraditoriamente em territórios independentes dentro das Américas, seja a do norte (México), a central (Honduras), ou a do sul (Argentina, Bolívia, Brasil, Venezuela).

6. Conclusão

Parte-se do pressuposto de que “Toda cultura tem um aspecto normativo, cabendo-lhe delimitar a existencialidade de padrões, regras

25 Juan Guaidó, líder da oposição na Venezuela, autoproclamou-se presidente. Cf. em <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-47406269> e <https://www.efe.com/efe/america/portada/guaido-se-autoproclama-presidente-de-venezuela-y-pone-en-jaque-a-maduro/20000064-3876151>

e valores que institucionalizam modelos de conduta. Cada sociedade esforça-se para assegurar uma determinada ordem social, instrumentalizando normas de regulamentação essenciais, capazes de atuar como sistema eficaz de controle social” (WOLKMER, 2012, p. 1). Dessa forma, percebe-se que a “Doutrina Monroe” situa-se numa cultura que começava a se globalizar num contexto pioneiro de busca e afirmação de um poder global sobre as bases de uma nova formação social e organização da produção. Uma nova classe social emerge e alcança o poder político e domínio econômico, derrotando as estruturas explicitamente rígidas do absolutismo. Com isso a burguesia passa a conduzir – pelo monopólio – um novo modo de produção, o modo capitalista, no qual, monopoliza seus meios. Essas mudanças vêm acompanhadas de uma nova visão de mundo, ou de um novo conjunto de representações ideológicas, centrada no indivíduo e seu conjunto de liberdades, entre as quais se sobressai e hiper desenvolve em detrimento das demais, a liberdade econômica. Então forma-se também uma nova estrutura de poder, o Estado moderno, mas este não se desenvolve igualmente em todos os territórios, já que o padrão global de disputa pelo poder opõe sociedades centrais (de capitalismo desenvolvido) às sociedades periféricas ou em desenvolvimento. As liberdades econômicas e a hegemonia das primeiras, depende da colonização, dominação e exploração das segundas, um processo que subsiste de diferentes formas, cobrando a atualidade da chamada Doutrina Monroe para atender aos interesses hegemônicos.

Então, qual seria a resposta dos EUA ao seguinte questionamento: Por que tão explicitamente vocês retomaram uma Doutrina do século XIX, sem modificar quaisquer de seus termos, e inclusive mantendo suas contradições? A resposta, provavelmente, viria acompanhada de alguma justificativa já obsoleta, como, por exemplo: ‘Devemos defender a América para os americanos’. Os dados históricos trazidos nos tópicos anteriores, demonstram incontestavelmente que, além de o discurso se repetir ao longo do tempo –

chegando a ser retomado no século XXI –, quando posto em prática, perde sua razão de ser.

Supostamente produzido para – no século XIX – defender as nações que haviam conquistado independência de seus antigos colonizadores europeus, o discurso proclamado pelo presidente dos EUA James Monroe, que deu origem à Doutrina que leva seu sobrenome, obteve êxito apenas em defender os interesses dos EUA. Aliás, cabe também questionar se desde o início, já não acreditavam que os americanos legítimos eram apenas eles, os estadunidenses, relegando aos demais países situados no continente o direito à independência plena. É possível, ante os acontecimentos expostos terceiro tópico, que os EUA tenham posto em prática um plano de expansão territorial a nível continental, mas tenham desistido devido a diferentes motivos²⁶, visto que ao menos para a América do Norte “A Doutrina Monroe [...] não perseguia outro fim que a expansão dos Estados Unidos, [a Doutrina] se adaptava admiravelmente aos planos expansionistas de presidentes como James Monroe [...]” (GUZMÁN, 1982, p. 122. Tradução Livre²⁷). A descaracterização do texto original da Doutrina serviu de alerta para muitos, sendo José Martí, como já mencionado, um dos grandes expoentes contra a aplicação da Doutrina, justamente por ter percebido que ela serviria para livrar dos europeus e trazer outra potência em seu lugar no comando das Américas.

26 Um dos motivos teria sido o medo de que os latino-americanos migrassem em direção aos EUA, ou seja, existia um forte preconceito, principalmente para com os mexicanos, considerados por muitos estadunidenses daquele período (quicá até o presente momento) como inferiores. Para maiores informações sobre este e outros motivos, conferir o texto de Roberto Marín Guzmán “La Doctrina Monroe, El Destino Manifesto Y La Expansion de Estados Unidos Sobre America Latina. El Caso de Mexico”, de 1982, disponível em <https://revist.as.ucr.ac.cr/index.php/estudios/article/view/30806>

27 La Doctrina Monroe, que em sus postulados básicos no perseguía outro fin que la expansion de los Estados Unidos, se adaptaba admirablemente a los planes expansionistas de presidentes como James Monroe y John Quincy Adams

Portanto, quando o assessor de segurança nacional do governo de Trump, John Bolton anunciou que a Doutrina “está viva e bem”, depois do próprio Donald Trump a ter citado em Assembleia Geral da ONU, mandou um alerta para “nuestra américa”²⁸. Por todo o exposto nessa análise, foi possível perceber que em nenhuma ocasião em que tal doutrina esteve envolvida, o desfecho foi positivo para os países latino-americanos. Mesmo as obviedades precisam ser reanalisadas: momentos de tensão podem surgir a partir da ideia da retomada do discurso de Monroe, pois já se foram quase dois séculos desde seu pronunciamento (1823–2021), e, desde então, diversas análises foram empreendidas demonstrando os perigos da Doutrina. Assim, não é possível aceitar interferências estadunidenses de qualquer tipo, em qualquer território, muito menos sob a batuta de um discurso falacioso de quase duas centenas de anos atrás, que ao fim e ao cabo demonstrou ser um risco às nações não estadunidenses. Parece, realmente, que os EUA estão no fundo do poço, e não querem aceitar um possível – e provavelmente já concretizado – fracasso. Abram-se os olhos, há muito por vir.

Referências

- ALVAREZ, A. The Monroe Doctrine from the Latin-American Point of View, 2 ST. LOUIS L. REV. 135 (1917). *American Historical Review* 10. 1930. Disponível em: <https://read.dukeupress.edu/hahr/article/10/1/26/156688/Argentina-and-the-Monroe-Doctrine-1824-1828>. Acesso em: 26 dez. 2021.
- BARBOSA, R. *Ressuscitando a Doutrina Monroe*. Imil. 2018. Disponível em <https://www.institutomillennium.org.br/ressuscitando-doutrina-monroe/>. Acesso em 14 jan. 2022.
- BONAFÉ, L. *Corolário Roosevelt à Doutrina Monroe*. Dicionário Histórico Bibliográfico da Primeira República. FGV. 2015. Disponível em <http://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/COROL%C3%81RIO%20ROOSEVELT.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2022.

28 Termo utilizado por José Martí para descrever uma América Latina mais próxima da realidade.

- CERVO, A. L.; BUENO, C. *História da Política exterior do Brasil*. 4ª edição. Editora UNB. 2011.
- COSTA, W. M. *Geografia Política e Geopolítica: Discursos sobre o Território e o Poder*. São Paulo. Editora Universidade de São Paulo. 1992.
- FOUCAULT, M. A Ordem do Discurso: Aula Inaugural no College D'e France, Pronunciada Em 2 De Dezembro De 1970. Edições Loyola. 1996.
- GUZMÁN, R. M. La Doctrina Monroe, el Destino Manifiesto y la expansión de Estados Unidos sobre América Latina. El caso de México. *Revista Estudios*, n 4. Universidad de Costa Rica. 1982.
- HARDT, A. D. *The Monroe Doctrine: An Interpretation*. Little, Brown and Company. Boston. 1917.
- HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 251. 2009.
- INMAN, S. G. The Monroe Doctrine and Hispanic America. *The Hispanic American Historical Review*. Vol 4. Durken University Press. 1921.
- ITPS (Instituto Tricontinental de Pesquisa Social). *Dossiê nº 17. VENEZUELA e as guerras híbridas na América Latina*. Jun. 2019. Disponível em <https://www.thetricontinental.org/pt-pt/dossie-17-venezuela-e-as-guerras-hibridas-na-america-latina/>. Acesso em: 14 jan. 2022.
- JEFFERSON, T. From Thomas Jefferson to James Monroe, 24 October 1823. *Founders Online, National Archives*. 1823. Disponível em <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/98-01-02-3827>. Acesso em: 13 jan. 2022.
- KOWALSKI, M. O Estado em reconstrução e a sua constituição. A intervenção no Iraque. *Relações Internacionais*. Lisboa, n. 26. 2010.
- KUHN, B.; ARÉVALO, R. *A Doutrina Monroe e suas influências: Impactos nas Américas*. Uniceub. 2016. Disponível em https://repositorio.uniceub.br/js-pui/bitstream/235/8848/1/01_A%20Doutrina%20Monroe%20e%20suas%20influ%C3%Aancias.pdf. Acesso em: 12 jan. 2022.
- MONEDERO, J. C. ¿Posdemocracia? Frente al pesimismo de la nostalgia, el optimismo de la desobediência. *Nueva Sociedad*. nº 240. 2012. Disponível em <https://nuso.org/articulo/posdemocracia-frente-al-pesimismo-de-la-nostalgia-el-optimismo-de-la-desobediencia/>. Acesso em: 13 jan. 2022.
- MONROE DOCTRINE. *Transcript of Monroe Doctrine. 1823*. Washington.
- NASSIF, R. *José Martí*. Fundação Joaquim Nabuco. Editora Massangana. 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me4678.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2022.

- PRADO, M. L. C. A pena e a espada a Revue des Deux Mondes e a intervenção francesa no México. *VARIA HISTÓRIA*, Belo Horizonte, vol. 30, nº 54, p.613-630. 2014.
- LÓPEZ-PORTILLO Y ROJAS, J. *La Doctrina Monroe*. Tipografía Económica. 2ª de San Lorenzo. No 32. México. 1912. Disponível em <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=amlaw>. Acesso em: 12 jan. 2022.
- RUSSEL, T. H. *Mexico in Peace and War*. Chicago: Illustrated. Reilly and Britto Syndicate. 1914. Disponível em: <https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.60915/page/n123/mode/2up>. Acesso em: 14 jan. 2022.
- SCHOULTZ, L. *Estados Unidos: poder e submissão: Uma história da política norte-americana em relação a América-Latina*. São Paulo: EDUSC. 2000.
- SEITENFUS, R. A construção da ALCA: Doutrina Monroe, Destino Manifesto, ou integração soberana? In: SEITENFUS, R. *Manual das Organizações Internacionais*. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado. 3ª edição. 2003.
- SILVA, G. F.; MACHADO J.; DA SILVA. S. O discurso em Michel Foucault. *Revista Eletrônica História em Reflexão*, [S. l.], v. 8, n. 16, 2015. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/historiaemreflexao/article/view/3821>. Acesso em: 19 jan. 2022.
- STEWART, WATT. Argentina and the Monroe Doctrine, 1824-1828. *The Hispanic American Historical Review*. JSTOR. Duke University Press. vol. 10, no. 1. 1930.
- STOLZ, S. A Ordem do Discurso e suas Relações com o Poder: Vertigem e Quebra de Certezas. *JURIS – Revista Da Faculdade De Direito*, vol. 13. Rio Grande. 2008
- TEIXEIRA, C. G. P. Uma política para o continente –Reinterpretando a Doutrina Monroe. *Rev. bras. polít. int.*, Brasília, vol. 57, n. 2. 2014.
- TRUMP, D. Remarks by President Trump To the 73rd Session of the United Nations General Assembly. U.S. Embassy in Uruguay. Office of the Press Secretary. New York. Set. 2018. Disponível em <https://uy.usembassy.gov/remarks-by-president-trump-to-the-73rd-session-of-the-united-nations-general-assembly/>. Acesso em: 14 jan. 2022.
- TUCKER, G. F. *The Monroe Doctrine Thoroughly Explained*. Boston: Rockwell and Church. 1903.
- BETANCOURT VÉLEZ, R. “¿El ocaso de la Doctrina Monroe? Colombia y Brasil, entre el norte de siempre y um sur renovado”. Pap. Polít. Bogotá. Vol. 19, no. 2. 2014.

- WALLERSTEIN, I. M. *O universalismo europeu: a retórica do poder*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- WASHINGTON, G. Washington's Farewell Address. 1796. Rev. 12/17. Disponível em https://www.senate.gov/artandhistory/history/resources/pdf/Washingtons_Farewell_Address.pdf. Acesso em: 9 jan. 2022.
- WEBSTER, D. Speech of Mr. Webster, of Mass., in the House of Representative on The Panama Mission. Washington. 1826. Disponível em <https://archive.org/details/speechofmrwebste04webs/page/40/mode/2up/search/this+declaration+must+be+considered+as+founded+on+our+rights>. Acesso em: 10 jan. 2022.
- WOLKMER, A. C. *História do direito no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- WOLKMER, A. C. *Fundamentos de história do direito*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- WOLKMER, A. C. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015a.
- WOLKMER, A. C. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015b.
- WOLKMER, A. C. *Fundamentos de história do direito*. 7. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

El cacique Carampangui y la justicia de la guerra indígena

Eric Eduardo Palma

1. Introducción

Perseguimos en este trabajo de naturaleza histórico-jurídica dar noticia de la posición de una autoridad mapuche respecto del buen gobierno ofrecido por la Corona española y, como consecuencia, revisar la tesis dominante sobre la regulación de la vida de las comunidades indígenas por el Imperio Castellano. Nos parece posible otra explicación del fenómeno a partir de la información proporcionada por los cronistas y en concreto a partir del discurso que Diego de Rosales (1603-1677) atribuye al cacique Carampangui.

La historiografía indiana recurre a la teoría de los estatutos jurídicos personales propios para explicar la situación del indígena americano. De acuerdo con la interpretación que se propone los vasallos en Indias fueron regidos entre los siglos XV-XVII por una Monarquía moderada que organizó la sociedad según criterios raciales (distinguiéndose un estatuto del español, del mestizo, del negro y del indio) y consagró el derecho al buen gobierno lo que implicaba reconocer derechos a los súbditos y mecanismos para su protección. La sociedad se organizaba a partir de la desigualdad jurídica justificada por la doctrina cristiana y las ideas aristotélicas, por lo que se asignó a cada grupo racial una tarea determinada en el contexto de una sociedad católica.

Dicho derecho al buen gobierno tiene una manifestación en el plano temporal y espiritual: los vasallos de la Corona tienen derecho a exigir de la monarquía que proteja a la Iglesia y la evangelización; y en lo temporal a ser mantenidos en “paz y justicia” y a ser protegido de agresiones externas (DOUGNAC, 1994).

En lo relativo a la situación del indígena indiano se describe su estatuto jurídico propio como protector de su libertad y de su persona, según como queda de manifiesto en los deberes del encomendero. Se da noticia que la legislación distinguió entre el indio noble y el indio del común reservando para el primero el privilegio de la capacidad plena y para el segundo la condición de relativamente incapaz con el fin de protegerlo (se le asimiló a los miserables y rústicos de Castilla). Como consecuencia sus casos fueron considerados como de Corte (Real Audiencia); se les eximió de la presunción del conocimiento de la ley; actuaban a través del protector de naturales y contaban con abogado y procurador, etc. (DOUGNAC, 1994).

Analizando el fenómeno de los pueblos de indios se explica que ellos surgieron pues “se vio que el asilamiento en que vivían los naturales y su propensión a la dispersión impedían la prédica de la fe, razón por la cual se incentivó la reducción de los aborígenes a poblados (que por esto tomaron el nombre de reducciones) que permitiría, además, la aculturación del natural” - las Leyes Nuevas de 1512 dispusieron- “el traslado de los indios junto a los españoles para que aprendieran de éstos el estilo de vida europeo...Para evitar su regreso a sus pueblos antiguos, éstos serían quemados. El experimento no resultó provechoso porque la cercanía de españoles e indios contribuyó a atizar los abusos de aquellos respecto de éstos” (DOUGNAC 1994, p. 326).

Nos parece que la tesis de la existencia de un estatuto protector del indígena no resulta del todo satisfactoria en la medida que presenta vacíos. Parece necesario otra explicación del fenómeno, que es el objetivo central de este trabajo: a partir del discurso del cacique Carampangui y del relato de los cronistas describiremos la situación legal y de hecho de las comunidades indígenas distinguiendo entre indígena no pacificado (“indios de guerra” según los cronistas) y pacificado (“indios de paz”).

2. De la organización racial-estamental de la sociedad indiana y de la situación legal y de hecho del indígena de paz y de guerra

La tesis de la existencia de una Monarquía moderada no resulta del todo aceptable si se tiene a la vista distintos fenómenos como la organización de la corona de Aragón y la regulación del Privilegio de la Unión; la rebelión de los comuneros; las germanías, la rebelión de Aragón, etc. Lo mismo cabe señalar respecto de la tesis de la existencia de derechos y garantías: se trata de privilegios de un orden jurídico que se organiza a partir de la desigualdad jurídica que se concibe como natural y en la cual se práctica legítimamente la esclavitud. Dicha desigualdad se vive dentro de los grupos raciales según criterios estamentales como queda de manifiesto en la distinción entre benemérito y español del común, así como entre indígena noble y del común.

A propósito de la explicación de la situación del indígena indiano la teoría de los estatutos jurídicos propios resulta parcial en el sentido que no da cuenta de toda la realidad, hay un sector de ella que queda fuera o en un lugar muy insignificante. Me parece que la distinción entre indígena no pacificado y pacificado, su situación legal y de hecho, tiene una mayor capacidad explicativa de la situación del indígena del Abya Yala.

2.1 Situación jurídica y de hecho de los indígenas de guerra

Este indígena es considerado por la monarquía española como indio rebelde porque no reconoció la autoridad del rey al no someterse a la hueste indiana. No prestó la obediencia que el expedicionario español le exigió. En una primera etapa la rebeldía era una situación que se constataba observando los hechos: el indígena era rebelde por sus acciones de resistencia. A partir de 1513 la condición de indígena no pacificado es un fenómeno jurídico y no sólo

de hecho. Fue considerado rebelde aquel que después de que se le leyó el Requerimiento, no aceptó reconocer a la Iglesia como señora y superiora del mundo ni tampoco la soberanía del Rey. Si los indígenas no aceptaban reconocer la autoridad de la Corona se les hacía responsables a ellos mismos de todos los males que se les causaren a sus personas y a sus bienes. Se contemplaba la esclavitud para el caso de la desobediencia (AVILA MARTEL, 1986). Las Ordenanzas sobre descubrimientos y conquistas de 1526 generalizaron su uso.

A este indígena se le podía hacer la guerra, y, por lo tanto, sufrió a lo largo de la dominación española la gravísima consecuencia de la muerte en batalla o de la esclavitud. Quedaba expuesto no sólo a perder sus bienes y organización política sino también su libertad. Los cronistas del reino de Chile se refieren a ellos:

La ciudad de Chillán es pequeña, no tiene más de cincuenta vecinos...De aquí comienzan los indios de guerra, porque toda la tierra que hasta aquí se ha nombrado ha estado de paz de continuo y hasta el presente” – en la ciudad de Concepción - asiste de ordinario el Gobernador por ser puerto de mar y por ser la frontera de guerra de los indios del valle de Arauco que son los que sustentan la guerra (OCAÑA DE, 1995, p. 34-35).

Los indios de guerra del Reino de Chile se encuentran entre las comunidades que conforman el pueblo mapuche. Su tenaz resistencia a la dominación implicó que se le hiciera la guerra y quedara expuesto a perder su vida o su libertad. Existiendo la figura jurídica de la guerra justa se configuró respecto de ellos una situación de hecho caracterizada por la violación de las reglas establecidas por las autoridades castellanas para hacer uso legítimo de la violencia.

En Chile hubo esclavitud indígena durante el s. XVI. A veces con beneplácito de los gobernadores los soldados “cogían piezas”,

es decir, capturaban indios y los vendían como esclavos. En 1573 la Real Audiencia de Lima prohibió la práctica de tomar indígenas en el sur y llevarlos incluso al Perú para que tomaran oficio en las minas. Contra esta práctica protestó el Cabildo de Santiago porque se estaba privando a Chile de mano de obra. Sin embargo, la rebelión de 1598 y 1599 acentuó esta práctica ilegal hasta que finalmente el gobernador Alonso de Ribera en 1601 y 1605 ideó la siguiente solución: sometió a juicio a los indios por su rebeldía, delito que contemplaba la pena de muerte, pero, una vez dictada la sentencia, en un acto de clemencia, se sugirió cambiarla por la pena de esclavitud. Ribera preguntó al rey si esto era o no lícito y mientras su consulta era respondida se practicó la esclavitud (JARA, 1971).

En 1605 el virrey del Perú repudió que se esclavice al indígena chileno e hizo presente que entre los indios chilenos que llegan “herrados” al Perú no son sólo hay rebeldes, sino también hay indios de paz. En 1608 y producto de una campaña que se realiza desde Chile y en la que tienen relevancia algunos sacerdotes, se aceptó la esclavitud del indígena rebelde, declarando justa la guerra por la causal de desobediencia a la Iglesia (se estableció que cesaría cuando volviesen a querer obedecer a la Iglesia). En 1612 el rey derogó la disposición de 1608, en 1622 se volvió a autorizar y en 1674 se prohibió definitivamente la esclavitud de los indios rebeldes de Chile (JARA, 1971).

2.2. *El rebelde Estado de Arauco y los tratados o parlamentos*

Cabe tener presente que la expansión española, al igual que otros casos de imperialismo, tuvo dos posibilidades de desarrollo: una vía pacífica a través de la celebración de tratados y una vía militar. Luego del contacto entre Colón y los indígenas caribeños se celebraron tratados de paz y amistad los llamados *Guatiao*. Estos tratados van a ser comprendidos cabalmente por los indígenas como una manifestación de buena voluntad por parte de los españoles,

dando origen a la institución del cambio de nombre (SZÁSZDI, 2004). Esta política era una posibilidad a la que los españoles pudieron recurrir en su expansión por América, pero sólo se utilizó en forma excepcional ya que se adoptó como vía general la anexión de nuevos territorios por conquista militar.

El caso mapuche nos pone frente a un caso particular de indígena rebelde: el que sin ser vencido acepta, sin embargo, una convivencia pacífica con los españoles.

La rebeldía mapuche motivó en la literatura hispánica el surgimiento de la convicción de que existía un Estado de Arauco. Alonso de Ercilla en su obra “La Araucana” creyó ver en las comunidades araucanas los elementos que en la época se reconocían como constitutivos de un Estado. Según se desprende de sus ideas la noción de Estado de Arauco se compone de cinco elementos: a) el territorio, b) la población, c) el gobierno, d) la autonomía frente a un poder extraño, e) la existencia de un poder creador de derecho (PALMA, 1995, p. 151). Alejándose Ercilla de la legislación indiana:

concibe a este pueblo indómito, rebelde, fiero, como autónomo, conformando un gobierno, ocupando un territorio; sujeto a sus propias normas, es decir, como Estado, en tanto realidad política y no meramente conceptual, al modo español, y no al modo indiano---Precisemos... que la existencia del Estado de Arauco tiene una gran particularidad en la medida en que su gobernante no es el monarca español, se trata de un Estado dentro de otro Estado y cuyos gobernantes son aborígenes y no los reyes españoles. No ocurría lo mismo tratándose del Estado o los Estados de Indias a que se referían las leyes indianas, pues ellas suponían al rey español como monarca de dichos estados (PALMA, 1995, p. 153-154).

A partir de *La Araucana* es posible reconocer el uso de la expresión hasta principios del siglo XIX tanto por autoridades como

por particulares, ya sea en documentos oficiales como en la métrica y prosa (PALMA, 2012, p. 387 y ss.).

La población del Estado Arauco, sus distintas autoridades, celebraron pactos o parlamentos con las autoridades españolas a través de los cuales regularon sus relaciones (ZAVALA, 2015). Uno de estos tratados, el Tratado de Quillín, está incorporado en la recopilación oficial de tratados de Abreu y Bertodano (Colección de los Tratados de paz, alianza, neutralidad, garantía, protección, tregua, mediación, accesión, reglamento de límites, comercio, navegación hechos por los pueblos, reyes y príncipes de España con los pueblos, reyes, príncipes, repúblicas y demás potencias de Europa, y otras partes del mundo [...] desde antes del establecimiento de la Monarquía Gótica hasta el feliz reinado del Rey N.S.D), Tercera Parte, publicada en el año de 1746 (SZÁZSDI, PALMA, 1968).

Ambrosio O'Higgins como virrey del Perú señaló a este respecto en agosto de 1799:

se hizo una solemne paz con ellos que fue propiamente un tratado a que como tal se dio lugar entre los demás que forman el Derecho público de la Nación y se encuentra en la colección general de los tratados de Paz del Marques de la Regalía. Los indios Chilenos sin quedar vencedores ni vencidos capitularon y obtubieron tener el Río Viovio por tierra de nuestras adquisiciones y conquistas y que se dejase todo el terreno del sur con una entera libertad" (SZÁZSDI, PALMA, 1968, p. 708).

El territorio de Arauco era por lo tanto un espacio territorial cuya propiedad correspondía a los indios y sobre el cual la Monarquía hispana ejercía un protectorado. La autonomía que se reconocía a la población mapuche no era contraria a una tuición en el orden internacional de dicho territorio por España. Dice Alonso de Ovalle que en el parlamento de Quillín se acordó:

[...] que los indios...no auian de ser encomendados a los españoles, sino que auian de estar en cabeca de Su Magestad, y debaxo de su Real amparo, reconocerle vasallage como a su señor, y que con esto se boluerían a poblar sus tierras, y los españoles podrían reedificar sus antiguas ciudades (cit., por SZÀSZDI, PALMA, 1968, p. 704)

Ante la imposibilidad del sometimiento de la población araucana y atendiendo al carácter estratégico de las posesiones del reino de Chile para hacer frente a la intromisión en el territorio de otras potencias europeas, la política española actuó con realismo y propuso un pacto a los indígenas en virtud al cual estos aceptaban su protección, pero mantenían sus regímenes.

Cabe destacar que, según la versión de Diego de Rosales, los caciques e indios acordaron en Quillín en 1641 “que todos han de tomar las armas contra los rebeldes a las armas de su Magestad, siendo enemigos de sus enemigos, sin reparar en sangre ni en parientes”. Lo cual indica que no toda la población del Estado de Arauco concurrió a la celebración de este Parlamento y que por lo mismo a pesar de la política de tratados siguieron existiendo algunas comunidades indígenas rebeldes o no pacificadas.

En el Parlamento de San Ilifonso 1612 que se realizó con presencia de los caciques de los nueve *reme* de Arauco y del gobernador Alonso de Ribera se dejó establecido que los indios “que os vinieres [de ir] de la tierra de guerra a dar la paz a los sitios que os fuesen señalados quedais por vasallos de su magestad y puestos en su Real corona asegurándoos en su Real nombre no sereis enajenados dellas para ser encomendados a otra alguna persona ni se obligará a sacar oro ni sereis hechados a otras minas para ningún efecto lo cual se os cumplirá por siempre y para siempre y por ningún caso se repartirá entre vosotros servicio alguno de yndios para republicas o otras particulares personas sino fuese para algunas cosas necesarias del inmediato servicio de su magestad como vasallos

suyos pagándoseos por vuestro trabajo lo que justamente se os debiese” (ZAVALA, 2015, p. 80). Así como que “no solamente no os habéis de revelar ni hacer guerra mas contra españoles ni indios de paz pero ni habéis de dar paso a indios de guerra por vuestra tierras ni dalles gentes ni mantenimiento para hacernolas ni hallaros en juntas o conversaciones y de cualquiera que supieseis nos aveis de dar aviso y ayudarnos con la gente necesaria para que nosotros se la hagamos” (ZAVALA, 2015, p. 80). Se extiende el deber respecto de “cualquier enemigo indios o extranjeros que pretendiesen inquietar la paz”. Ante tales cláusulas los caciques presentes a través de Levipangue y Abichincura señalaron que “aceptavan las mercedes que su magestad les ofrece y en virtud dellas y de su cumplimiento ofrecen de cumplir todo lo que de parte de su magestad se les manda como sus vasallos leales” (ZAVALA, 215, p. 80) por lo que quedaron los indios “en cabeza de su magestad” y declarados libres de encomenderos alguno y de otras mitas y servicios personales sino son los que voluntariamente quisieren realizar por el pago debido.

Existe entonces otro fenómeno más del que dar noticia y que está invisibilizado en la tesis dominante: hay unas poblaciones entre los indígenas rebeldes mapuche que celebran tratados de paz con las autoridades españolas, por medio de los cuales establecen reglas básicas de convivencia que son normas jurídicas del tipo Tratados. Ya en 1948 Guevara y Eyzaguirre advirtieron este fenómeno: “Puede estimarse que estos tratados fueron conjuntamente con las tasas, ordenanzas y reales cédulas, la legislación que rigió para los indígenas desde la Conquista hasta el advenimiento de la República”.

Dichos tratados contribuían a la política internacional española y por ello pasó la invención de la existencia de un estado de Arauco de la poesía a los documentos oficiales: en muchos de ellos las comunidades (“rewes”) aceptaban someterse a la protección de la Corona; sus guerreros quedaban obligados por el pacto a defender los intereses del rey; la Corona podía poblar sin que los caci-

ques pudieran oponerse; y aceptaban la labor evangelizadora de los padres (el Parlamento de Nacimiento de 1617 da noticia del bautizo de más de cuatro mil doscientas almas).

2.3. Los indígenas de paz, situación legal y de hecho

Al contrario de los indígenas rebeldes el régimen jurídico contempló para el indígena que reconocía la autoridad real un reconocimiento de su libertad y estableció en su favor un conjunto de privilegios (que la tesis histórico-jurídica dominante califica como normativa protectora propia y característica del estatuto jurídico indígena).

Dicha normativa experimentó una importante violación según denuncian distintos cronistas indios generando una situación de hecho en la cual el indio carecía de los privilegios que la ley le otorgaba. Incluso fue tratado como esclavo según da noticia Álvaro Jara (1971) y más recientemente Valenzuela (2020).

Me parece que la situación del indígena americano resulta más comprensible si no perdemos de vista el carácter casuístico del sistema indiano, así como su desarrollo temporal. Esta perspectiva de análisis permite: 1. Constatar que el reconocimiento inicial de la libertad del indio se fue deteriorando como consecuencia de la tensión de intereses entre quienes se disputaban su alma y su cuerpo (corona, iglesia, españoles beneméritos y del común). 2. Asignarle un valor relativo al carácter protector de la normativa y a la consagración de su libertad.

Para comprender el marco jurídico de su libertad es útil identificar varios momentos:

1. En 1501 se establece que los indios son vasallos tributarios, es decir, el último escalafón de la escala estamental.

2. Por normas de marzo de 1503 se prohíbe a los españoles tomar tanto a las personas de los indios como a sus bienes. Se autoriza, sin embargo, a los españoles para contratar los servicios de

los indios debiendo pagar un salario. El trabajo se presta de forma voluntaria.

3. Diciembre de 1503. Los reyes católicos disponen que los españoles pueden “apremiar” a los indios con el objeto de que se contacten con los españoles y que trabajen para ellos. Dentro de los argumentos que se dieron por los españoles en Indias se dijo a la corona que los indios “por mucha libertad no quieren conversar ni trabajar y vagan”. Los indios huían a los montes y los españoles se vieron escasos de mano de obra. Se instauró entonces la institución del *repartimiento* en virtud de la cual una autoridad entregaba a un español un número determinado de indios los cuales en todo caso mantenían la condición de “libres”.

4. 1509. Se regula el repartimiento, se señala su duración (no va más allá de la vida del beneficiado con el repartimiento). Se obliga al titular del repartimiento a instruir a los indígenas en la fe y en la lectura y a pagar a la corona un peso oro por cada indio y por concepto del tributo del indio.

5. Leyes de Burgos del 24 de diciembre de 1512. Su propósito fue la regulación de la *encomienda*. Se establece que el número de indios no puede pasar de 150 por cada español. Obliga al encomendero a evangelizarlos. Si la encomienda tiene a lo menos 50 indios se debe construir un pueblo y para que se asienten allí se ordena quemar los antiguos pueblos de los indígenas. El encomendero debe darles cama, alimento y ropa. No puede hacerlos trabajar en forma excesiva y se prohíben los malos tratos. Se prohíbe apalearlos y echarlos a los perros. La mujer embarazada no puede trabajar hasta tres años después del parto.

Además, se ordena que se instruya a los hijos de los caciques en la fe, la lectura y la escritura. También se ordena la monogamia. Finalmente se establece el visitador para el cumplimiento de la ley.

Este conjunto de obligaciones da pie para que cierta historiografía diga que la legislación tiene carácter de protectora. Se pierde de vista que el indígena es libre, pero está obligado a traba-

jar para el español. La corona hace obligatoria la relación indígena - español a través de la encomienda. Esta normativa se da en medio de una crisis demográfica y la obligación de alimentar se vincula con la destrucción del hábitat precolombino y de sus pueblos, lo que implica la destrucción de las bases materiales de su cultura. Se trata por una parte de la respuesta del conquistador ante los negativos efectos de su propio accionar y por la otra de asegurar al español asentado en Indias la disponibilidad de mano de obra.

La encomienda es una institución tributaria que consiste en una cesión por parte de la monarquía en favor de un particular del derecho que tiene a recibir el tributo que debe pagar el indio. Como el particular se apropia del tributo tiene que cumplir ciertas obligaciones. El tributo debía ser pagado en dinero, que no siempre estaba en poder de los indios por lo que se sustituye por el trabajo personal del indio a favor del encomendero. Esta conmutación se prohíbe en 1549 y 1601.

6. Modificación de las leyes de Burgos el 28 de julio de 1513. Se obliga a los indios a vestirse, también se les obliga a trabajar nueve meses para los españoles y los otros tres se les deja para que trabajen sus propias tierras, o bien, puede contratarse con un español por un salario el que se paga en especie.

Hay que distinguir entre repartimiento y encomienda: toda encomienda supone un repartimiento, pero no todo repartimiento origina una encomienda, porque hay repartimientos directos al Monarca (a cargo del *corregidor de indios*).

7. 1513. Ante las presiones de los encomenderos se decide extender la duración del repartimiento por la vida del hijo del beneficiario y se puede dar como dote a la hija, pero en ningún caso se puede dividir.

8. Julio de 1513 se resuelve en Valladolid que. “Si dentro de dos años se advierte que algunos indios han aprendido a andar vestidos y han llegado a tener capacidad y civilización suficientes, les

será permitido que vivan libremente como los vasallos pecheros de Castilla” (AVILA MARTEL, 1988, p. 241).

9. Real Cédula de 1538 por la cual se instruye a la Real Audiencia de Nueva España que se prohíba a los caciques llamarse señores de los pueblos, como una manera de limitar cualquier pretensión indígena de restaurar un poder señorial y no dejar duda sobre la potestad real.

10. Dictación de las Leyes Nuevas de 1542. Se termina con la lectura del requerimiento. Se reitera el carácter de hombre libre del vasallo indígena. Se dispone que la sumisión del indígena tiene que ser voluntaria y se ordena terminar con la encomienda, lo que provocó una rebelión armada. De hecho, la idea de suprimir la encomienda sólo prosperó en 1721.

11. Nueva ordenanza de población de 1573, de Felipe II. En que se sustituye el término conquista por el de pacificación (no hacer ni fuerza ni agravio a los indios). Hace una diferencia entre tierras descubiertas y tierras por descubrir; en las primeras se distingue si hay o no sumisión voluntaria. Si la hay el indígena se le considera hombre libre por lo que se respeta sus bienes y su forma política, considerándosele vasallo (tributario). En caso de que no haya sumisión voluntaria se entiende que los reyes ejercen un protectorado sobre los indígenas, que implica el reconocimiento de la libertad, bienes y organización política de los indios, pero no trae como consecuencia reconocer personalidad en el campo del derecho internacional: la corona tiene el monopolio de la evangelización en las indias lo que permite excluir la influencia de otras potencias europeas. Con respecto a las tierras por descubrir se señala que la donación pontificia sólo comprende a las tierras y, por lo tanto, excluye a las personas, por lo que se reconocen la libertad, los bienes y la organización política de los indios, la sumisión sólo puede ser de carácter voluntario y la guerra no puede ser de conquista, sino que sólo puede ser de carácter defensiva.

¿Qué ocurrió con la normativa que reconocía la libertad? el reconocimiento de la libertad del indígena pacificado debe ser entendido como un caso de reconocimiento de una libertad negativa. ¿Qué queremos decir? Que la libertad que establecen el Papa y la Corona va a tener como consecuencia fundamental que el indígena americano no puede ser esclavo: su condición es distinta a la de la población afrodescendiente. Pero la declaración no tiene un alcance significativamente mayor: consiste en no ser esclavo, no en un hacer. A medida que el tiempo transcurre las fuerzas que se disputan la persona del indio van limitando su libertad. Desde que se reconoce el estatuto de hombre libre al indígena americano se presenta un conflicto entre libertad del indio, evangelización y civilización. Así como un conflicto entre libertad del indio, política monárquica e interés económico particular. En este conflicto la gran perdedora va a ser la población indígena, la gran perdedora va a ser la libertad indígena¹.

Las distintas etapas por la que pasa la regulación de la situación del indígena pacificado nos muestran que la Corona no impidió de manera decisiva la limitación de la libertad del indio ya sea por la Iglesia o por los particulares: los unos desean la cercanía del indio por razones económicas y para bregar por su alma y salvarlo; los otros para satisfacer sus aspiraciones socioeconómicas.

La Corona abrió la puerta a estas limitaciones cuando por razones de su propio interés político y económico acogió las quejas de sus vasallos españoles de que los indios gozaban de demasiada libertad (vagaban por los bosques, y se negaban a contactarse con los españoles), y permitió, en consecuencia, que se coartara su libertad de movimiento. El exceso de libertad indígena implicaba un riesgo para la dominación española (estatal, eclesiástica y particular). La historiografía jurídica chilena no repara en este conflicto. Es contradictoria la libertad indígena con los intereses civilizados, evangelizadores, políticos y económicos de los castellanos. Por

1 Véase por todos para el conflicto entre clero, particulares y autoridades O'Phelan Godoy (2012)

lo tanto, la libertad del indígena no consiste en un abanico de posibilidades de hacer, por el contrario, su obrar está lleno de limitaciones, la suya es una libertad negativa (por ser pacífico no puede ser esclavizado). Dicho de manera más simple, pero al mismo tiempo más dramática: el indio perdió la libertad para seguir siendo indio.

Como consecuencia de la formación de pueblos de indios, del repartimiento y del régimen de encomienda los pueblos indígenas pacificados no gozaban de libertad de movimiento, de residencia, de conciencia, no pudieron continuar con sus formas de manutención ligadas a un hábitat determinado, etc. No tuvieron libertad para seguir siendo indígenas porque sus formas asociativas religiosas resultaron intervenidas o prohibidas.

El indio no gozó de libertad de movimiento. Carecía de la facultad de desplazamiento, no podía trasladarse de un lado a otro. No tuvo libertad de circulación ni de establecerse en cualquier lugar. Tampoco tuvo libertad de conciencia. Contra la misma atentó el deseo evangelizador y civilizador de la Iglesia y los sacerdotes que repudiaron su fe por errónea.

No tuvo libertad de expresión en lo tocante a los aspectos de su cultura que resultaban contradictorios con la policía cristiana y la evangelización. Según da cuenta Góngora Marmolejo existió en Chile en el siglo XVI un “capitán y juez de comisión” para castigar a los hechiceros y salteadores indios que asolaban Santiago.

No tuvo libertad de asociarse de acuerdo a sus intereses religiosos.

No pudo formar gremios respecto de ciertas actividades económicas que se reservaron a los españoles. Hay gremios en que se exigía “limpieza de raza”.

No tuvo la facultad de decidir si trabajaba o no. Esto resulta dramático porque hay culturas que estaban en la etapa de recolección y de nomadismo y carecían por lo mismo de disciplina laboral y de la actitud para desplegar la capacidad física que requería el trabajo pesado de las minas y la agricultura.

Tampoco tuvo libertad para elegir cómo vestirse, o, para elegir no vestirse. Recordemos que el uso de determinada vestimenta opera en el Antiguo Régimen como un factor de control y de discriminación social: basta recordar que se prohibía el uso de la seda a ciertos grupos sociales.

Tampoco gozó de la libertad sexual. En esta materia hubo una significativa intervención destinada a controlar su cuerpo por lo que se castigó la poligamia, así como las conductas sexuales consideradas como desviadas (amancebamiento, homosexualismo).

No tuvo libertad para disponer del fruto de su trabajo cuando se le trató como asalariado: su incapacidad y la caja de comunidad le privaron de decidir qué hacer con su salario.

La libertad se manifiesta en no ser esclavo, en la posibilidad de vivir como español y en la obligación de dejar de vivir como indígena. Su libertad carece de sustancia por lo que la cultura dominante arrasa con su identidad.

En virtud de la encomienda el indígena pacificado se va a ver obligado a vivir en pueblos de indios, quedando sometido al poder político, al control eclesiástico y al control del español común (PALMA, 2018).

Todos los que estaban interesados en la dominación se van a ver beneficiados con la encomienda pues vino a satisfacer las necesidades de los que dominan el espacio indígena. Necesidades que son contradictorias con la identidad del indio.

Alamiro de Avila nos recuerda que: “-el- predicador del Rey, licenciado Gregorio, y de otro teólogo también predicador real, fray Bernardo de Mesa... se refieren al hecho de que los indios, si bien son libres, por sus peculiaridades inferiores, y aun como protección de ellos mismos, deben ser sometidos a una semiservidumbre, como muchos individuos en diversos reinos de Europa lo están (1986, 238).

Góngora Marmolejo da noticia en 1575 de la venta de indios por Pedro de Valdivia quien en 1544 y 1546 había realizado reparti-

mientos y encomiendas: “Llegado a Santiago, vendió los indios que tenía en su cabeza en aquella ciudad desde que la pobló, a quien más dinero le dio por ellos; pareciéndole que como eran conquistadores no era venta, sino ayuda que les hacía para sustentar el reino. Juntando la mayor suma de pesos de oro que pudo, con ellos y con lo que Alderete juntó de sus indios, envió a España a1 mesmo Alderete con mas de treinta mil pesos, y con orden que le negociase con el Rey Don Felipe la gobernación por su vida, y titulo de señor con perpetuidad de indios; y que después de sus días pudiese nombrar persona que le sucediese en el gobierno” (1862, p. 39).

Hanisch (1991) al estudiar el fenómeno de la esclavitud concluye: la esclavitud se sufre por los indios rebeldes y por los pacificados debido a la realización de unas prácticas reñidas con las normas que regulan la materia.

Los cronistas que escriben sobre los sucesos del reino de Chile dan noticia de cómo la situación de hecho pone en entredicho el reconocimiento de la libertad y el estatuto protector. Denuncian las acciones de particulares y autoridades que dañan a la persona del indio, su libertad y sus bienes. Conocedores del debate político y teológico que se está suscitando en la Metrópoli y en las mismas Indias, varios de ellos contribuyeron a configurar el punto de vista del oprimido.

Muy reveladoras de esta simpatía con la causa indígena son las relaciones de Gil de González (1559) que califica de pecaminosa la conducta de los españoles del común para con los indígenas pacificados; como errada la política del Gobernador al no ajustarse a las instrucciones reales sobre los indios de guerra; y como contradictorio el actuar de algunos clérigos en relación con sus deberes para con los indios:

En las provincias de Chile entraron los capitanes y demás españoles como en las demás tierras que se han descubierto en Indias, matando y robando a los indios, tomándoles su mujeres e hijos, quemándoles los pueblos y comidas, cor-

tándoles las chacarras en berza, destruyéndoles la tierra, escandalizándolos finalmente sólo pretendiendo servirse de ellos, como lo han hecho y hacen el día de hoy de los que tiene sujetos por fuerza...

Traen al presente indios e indias de los que prenden en la guerra, en cadenas para cebar los perros, y vivos se los echan para que los hagan pedazos, y muchas veces echan los indios a los perros por recrearse en ver una tan inhumana batalla...

Allende de todo esto, hacen muertes atroces, destruyen y cortan las comidas, queman las casas y pueblos, y muchas llenas de indios, y tápanles las puertas, porque ninguno se escape, y ejercitáanse agora en las demás crueldades que se han usado en Indias desde su principio (GIL GONZÁLEZ, 1559, p. 461).

El padre sostuvo incluso la justicia de la causa indígena y de su rebeldía:

Al presente también me he puesto a probar la justicia que los indios tienen a no querer servir... Entre otras razones en que he fundado cuánta razón tienen los indios en no querer tener paz con los españoles, es una, y a mi parecer eficaz, y es que no pueden entender de nosotros los trataremos sino como a aquellos indios que tenemos de paz, los cuales son tratados más inhumana y cruelmente...

Al presente los mismos indios se han tornado a alzar y han muerto los españoles que han podido, por vengarse de los agravios y violencias que continuamente les hacen, y tengo entendido, si Dios, nuestro señor, no les tuerce la voluntad, escogerán antes morir que volver a la miserable servidumbre y vejaciones que sirviendo padecían y padecen; y alien-de de que los indios tienen justicia en defenderse y ampararse de la fuerza que les hacen, y repelerla con otra fuerza si pudiesen. Son las crueldades que al presente los españoles usan con ellos tan inhumanos y fuera de términos, que

claramente muestran su injusticia y dañada pretensión, y que derechamente van los españoles contra el Evangelio... De aquí se infiere, como dicho es, la razón que los indios que están de guerra tienen para no querer servir a los cristianos de paz, y el poco título de los españoles para pretender sujetarlos, pues a los que ya tienen rendidos los tratan tan contra razón y ley evangélica, y no los quieren para más de para aprovecharse de su trabajo y nunca poner término a su cobdicia” (GIL GONZÁLEZ, 1559, pp. 461, 464).²

Identificó los factores que contribuían a crear tanto mal:

Tres cosas me parecen a mi causan tanto mal: - la primera, no haber S.M. castigado a los que han maltratado a los indios, hasta agora, ni las justicias que lo han disimulado, y aún dándoles favor para ello; y es tan principal esta causa, que si no se pone remedio será la total destrucción de aquella tierra, y de cualquiera otra donde hobiere la misma injusticia; - lo segundo, hay hombres en aquel reino que tiene a veinte y a treinta indios, y para sustentar casa y fausto hance de servir aún de los por nacer. Y en Coquimbo me dicen toman (los indios mismos) para moler las indias preñadas, porque no pueden padecer el trabajo con la preñez y porque no vengan después sus hijos a tan terrible servidumbre, y por las mismas causas matan los niños ya nacidos.

Y es la tercera razón la culpa de los eclesiásticos, frailes y clérigos. Que pretendiendo sus intereses y contento de los hombres, les predicán lo que ellos quieren, y viendo como viven, los confiesan sin que se enmienden; y si alguno les predica la verdad son todos contra él, y le alegan los vecinos que es sólo, y que en Perú se consienten peores cosas, y que el Rey tiene buenos letrados y lo consiente, como a mi particularmente me ha subcedido, con alguna persecución.” (GIL GONZÁLEZ, 1559, p. 465).

2 GIL GONZALEZ, Relación de los agravios

Existe por cierto una clara vinculación entre las ideas de Francisco de Vitoria, Bartolomé de las Casas y Gil González según lo mostró Mejías- López (1995) estudiando a Ercilla.

Los planteamientos del padre Gil, que era también protector de indios, avalan una interpretación de la relación Corona-Iglesia- conquistadores-pueblos indígenas que distinga una situación de derecho y de hecho respecto del indígena pacificado y no pacificado. Perspectiva que parece ser de interés para quienes ven en la conducta de las autoridades y de los particulares las causas de los sufrimientos de las poblaciones indígenas

La tesis del estatuto protector de la libertad y de la persona del indio se muestra limitada en este sentido al dejar fuera de la explicación importantes fenómenos. Resulta por lo mismo apropiado distinguir entre situación legal y de hecho del indígena pacificado y no pacificado para dar cabal noticia de la suerte corrida por las poblaciones indígenas.

3. El cacique Carampangui y su cuestionamiento del régimen de libertad y del estatuto protector

El régimen jurídico que describe la teoría de los estatutos estaba configurado casi en su integridad al momento de la penetración de las tropas españolas en territorio araucano (mapuche). Es así como el Padre Luis de Valdivia, según recoge Diego de Rosales, ofrece en el Parlamento de Catiray a ciertas autoridades araucanas (mapuche) en el contexto del reemplazo de la “guerra ofensiva” por la guerra defensiva”, el gozar del derecho a vivir en paz y en justicia.

Luis de Valdivia da noticia al rey de la positiva reacción de los “indios de guerra” ante la posibilidad de: “dejarlos como livres (sic) en sus tierras propias sin servir a nadie” porque “Reducirse a población fuera de su tierra era cosa muy violenta ya que en ninguna manera aceptarían” (ZAVALA, 2015, p. 70).

Corría el año de 1612 y el padre fue recibido por los indios de Catiray para parlamentar. Les relató como reprendía a los malos españoles por el trato que daban a los indios de paz y de guerra y las acciones que había realizado tanto en Castilla, ante el mismo Rey y su Consejo, como ante el virrey en Perú. Dirigiéndose a los “conas” o guerreros les instó a aceptar la paz por las ventajas que ello traería para el gozo de sus bienes y libertad. Si tal ofrecimiento les parecía mal, les dijo, pasen una lanza por mi corazón o sáquenlo vivo porque así podrían ver el amor que les tengo.

La respuesta mapuche ante sus acciones y el ofrecimiento de la paz es una formidable pieza que permite conocer la valoración del indio de guerra de lo que la Corona y la Iglesia consideraban un estatuto protector.

El cacique Carampangui -Caranpangui- (a quien describe Rosales como señor de la Junta de los indios de Catiray, “indio muy discreto y prudente”), “tomando la mano” contestó al padre Luis: “No tomes Padre, en la voca cosa semexante, que aunque somos bárbaros y fieras, sabemos muy bien conocer la razón y estimar a quien nos quiere y agradecer a quien nos hace bien. Si todos los españoles fueran como vosotros los padres, que nos queréis como a hijos y no nos hacéis mal ninguno, jamás nos alzáramos ni tomáramos armas para matar españoles. Ninguno ay que le pase por el pensamiento el ofenderte” (ROSALES, p. 549).

Se ocupa entonces de las características de la paz que ofrecen los españoles: “Todos quantos caciques y capitanes están presentes unánimes y conformes admiten la paz, si ella es paz y como nos la has significado, y no dudo sino que toda la tierra la admitirá, y yo te ayudaré a persuadirselo, digo si es paz, que la que hasta aquí se nos ha publicado no ha sido paz sino cruda guerra que con título de paz nos han hecho los españoles, haciendo que la paz sea pesada servidumbre y causa de infinitos agravios...Era este nombre de paz tan odioso entre nosotros que hasta aquí matábamos al que nos venía a tratar de paz, por ver que quien lo trataba era enemigo

de la patria, pues no nos trahía con ella sino la guerra “ (ROSALES, pp. 556, 557). Agregando que “ellos entre si tienen paz unas provincias con otras sin servirse unas a otras” -Parlamento de Catiray, 1612- (ZAVALA, 2015, p. 74).

La visión de las poblaciones indígenas sobre el derecho a ser mantenido en paz y en justicia obliga a revisar la explicación según la cual existe un estatuto protector. La teoría de los estatutos se construye sólo considerando el mandato legal y la visión de la autoridad imperial, y asume sólo la perspectiva del conquistador como explicación cabal del fenómeno de la organización de la sociedad indiana. La tesis dominante no cuestiona el mandato legal a partir de la situación de hecho que los cronistas denuncian, y de la cual incluso la propia Corona se hace cargo, ni tampoco incorpora la visión del indígena que sufre el proceso de expansión y cuyo sufrimiento le lleva a cuestionar el alcance de la paz que conforma el derecho al buen gobierno. Según la visión que representa Carampangui la paz de los españoles se configura a partir de la pérdida de la libertad de la población indígena y ha dado pie a múltiples agravios. Lo que para la Corona es un privilegio o ventaja otorgada a los indios para ellos es motivo de pesar. No hay paz para los indígenas porque en su nombre se les ha impuesto servidumbre. La auténtica paz se construye, como acontece entre ellos, sin imponer servicio. Continúa Carampangui:

Si la paz que nos traes es como la que hasta aquí, ninguno la querrá admitir: que más en paz estamos estándonos de guerra, pues entre nosotros no hay servidumbre ni quien se haga señor de la libertad ni de las tierras ajenas.

Y no pienses que en darnos el Rey nuestras tierras, nuestra libertad nuestro descanso, nos da algo que nosotros no tenemos, porque por nuestra lanza tenemos y sustentamos nuestra libertad, gozamos de nuestras tierras y nos libramos de la servidumbre de los españoles. Si la paz que nos traes es para no volver a la servidumbre, será verdadera paz, porque no volveremos a tomar las armas...y aunque en to-

das las naciones ordenan la guerra para la paz y el fin de la guerra es conseguir paz, en la nuestra ha sido al contrario: que para tener paz y vivir en paz hemos hecho siempre la guerra, porque nunca hemos tenido paz con la paz de los españoles, ni alcanzado la verdadera paz sino cuando hemos hecho la guerra, pues con ella nos hemos librado de otra mayor guerra, de su servidumbre, sus opresiones, sus agravios y malos tratamientos... Con mucho gusto nos estaremos en nuestras tierras, dejaremos las armas, no pasaremos la raya, castigaremos al que se atreviere a ir a hurtar caballos, daremos los caminos francos para pasar cartas a Chiloé y tendremos mucho gusto de que los padres entren en nuestras tierras, bapticen y prediquen, y agradecemos al Rey que nos lo envíe y los sustente (ROSALES, 507).

Rosales pone en boca de Carampangui la tesis de Vitoria y de Las Casas, contrarias a la doctrina del Derecho Común sostenida por el cardenal Ostiense, según la cual las poblaciones indígenas no obstante su barbarie o desconocimiento de la fe gozan de libertad, tienen propiedad sobre sus tierras y sus gobiernos son legítimos.

Las tierras, libertad y descanso de que gozan las poblaciones indígenas, afirma Carampangui, son atributos de los que gozan antes de la llegada de los españoles no se las deben a la voluntad de los reyes sino a la defensa que han hecho de ellas recurriendo incluso a las armas. Su existencia y defensa implica que ninguna comunidad ejerce servidumbre sobre otra y en esta falta de sujeción descansa la paz de la que han gozado y gozan actualmente. Lo que se ve amenazado por la paz española que implica servidumbre, opresiones, agravios y malos tratamientos.

Si el derecho de los súbditos de la Corona a vivir en paz y en justicia, implica, por aplicación de los criterios estamentales y de desigualdad que ordenan naturalmente la sociedad católica indiana, servidumbre, tal derecho es una amenaza para las comunidades indígenas a su paz auténtica que se funda en el gozo de la libertad y la ausencia de servidumbre. Carampangui rechaza el lugar subordina-

do y tributario que la Corona reservó a los indios como su estado natural y exige se respete la organización propiamente indígena.

Junto con ello defiende ante el padre Luis de Valdivia, promotor de la guerra defensiva, la justicia de la guerra que los indios hacen a los españoles en defensa de la paz auténtica que es la propia indígena y que surge porque ninguna comunidad impone servidumbre a otra.

El discurso de Caramangui recuerda la reacción del cacique Cinú ante la lectura del requerimiento que realizó el bachiller Enciso por encargo de Pedrarias Dávila en 1513 y que fuera recogido por Bartolomé de las Casas en su *Historia de las Indias*: “Respondiéronme que en lo que decía que no había sino un Dios y que éste gobernaba en el cielo y en la tierra y que era señor de todo, que les parecía bien y que así debía ser, pero que en lo que decía que el papa era señor de todo el Universo, en lugar de Dios, y que él había hecho merced de aquella tierra, al rey de Castilla, dijeron que el papa debía estar borracho cuando lo hizo, pues daba lo que no era suyo, y que el rey, que pedía y tomaba la merced, debía ser algún loco, pues pedía lo que era de otros, y que fuese allá a tomarla, que ellos le pondrían la cabeza en un palo, como tenían otras, que mostraron, de enemigos suyos, puestas encima de sendos palos, cabe el lugar; y dijeron que ellos eran señores de su tierra y que no había menester otro señor (LAS CASAS, 1956, 231).

Los casi 100 años transcurrido entre 1513 y 1612 muestran la mayor complejidad que alcanzó el debate sobre la legitimidad de la resistencia indígena frente a la Corona, desplegándose en las palabras que se atribuyen al cacique de Catiray la posición más favorable a las comunidades indígenas a partir de las ideas de Francisco Vitoria, Bartolomé de las Casas, Molina, Soto y tantos otros.

4. Conclusiones

La tesis del estatuto jurídico propio indígena caracterizado por el establecimiento de la libertad y un régimen protector, no da cabal

noticia de la situación de la población indígena sometida a la conquista castellana. La explicación resulta incompleta no sólo a la luz del relato de los cronistas, que distinguen entre situación jurídica y de hecho del indígena de paz y del indígena de guerra, sino también ante la ponderación que realiza una autoridad indígena de las bondades del derecho al buen gobierno que la Corona garantiza a sus súbditos. Rosales pone en boca del cacique Carampangui una severa crítica a la paz y justicia que ofrecen las autoridades a la población indígena: ella parte del desconocimiento de la libertad natural del indio y se traduce en una servidumbre que ninguna comunidad indígena está dispuesta a soportar. El aprecio de la libertad es tal que los indígenas prefieren la guerra. Es su lucha y no la paz española la que permite librar a los pueblos de las “presiones, agravios y malos tratamientos” de los castellanos. La paz indígena se identifica con la ausencia de servidumbre entre las distintas comunidades: ninguna somete a otra.

Rosales al dar voz a los que sufren el proceso de dominación que impulsan los súbditos europeos de la Corona, pone en un mismo plano de igualdad a las poblaciones indígenas con los conquistadores y pueblo español del común. Admitiendo incluso que ellas en defensa de sus libertades agraviadas les hagan la guerra a los españoles.

Todo lo cual indica que la explicación de la situación del indígena que vive el proceso de conquista castellano no puede quedar en la mera sistematización de la normativa (tesis de los estatutos jurídicos propios) y su descripción como protectora de la libertad y persona del indio, porque tal explicación deja fuera fenómenos de enorme relevancia como es la distinción que la misma normativa realiza entre indígena de paz e indígena de guerra y entre mandato jurídico y aplicación del mismo.

Al no incorporar la tesis tradicional la mirada del oprimido que lucha contra la opresión se priva a la reflexión historiográfica de la posibilidad de denunciar un modelo de expansión que invoca

el derecho a vivir en paz y en justicia como elemento legitimante, pero que es experimentado por las comunidades indígenas rebeldes como un mecanismo de opresión, agravios y malos tratamientos. Ante esta paz que genera servidumbre reaccionan los mapuche: defienden con la guerra lo que los españoles pretenden arrebatarse que es su auténtica paz. Las comunidades mapuche reunidas en Catiray han hecho con justicia la guerra a los españoles que yerran al pretender configurar una paz que se funda en su servidumbre, opresiones, agravios y malos tratamientos.

Bibliografía

- AVILA MARTEL, A., “Labor de Palacios Rubios en la legislación de Castilla y de Indias”, *revista Historia*, 1986, v. 1. pp. 225-247. 1988.
- DE LAS CASAS, B., *Historia de las Indias*, Editorial Ayacucho, 1956.
- DOUGNAC, A., *Manual de Historia del Derecho Indian*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1994.
- GIL GONZÁLEZ S. N. (1559) Relación de los agravios que los indios de las de Chile padecen. Dada por el padre Gil González, de la Orden de los Predicadores, en *Colección de historiadores de Chile y documentos relativos a la historia nacional*, XXIX. Santiago de Chile: Imprenta del Ferrocarril, 1861-1923, pp. 461-466.
- GONGORA MARMOLEJO, A. (1575), Historia de Chile desde su descubrimiento hasta el año de 1575, *Colección de Historiadores de Chile y documentos relativos a la historia nacional*, Tomo II, Santiago: Imprenta del Ferrocarril, 1862.
- JARA, A., *Guerra y sociedad en Chile. La transformación de la guerra de Arauco y la esclavitud de los indios*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1971.
- HANISCH ESPÍNDOLA, H., “La esclavitud de los indios en el Reino de Chile. sus fuentes jurídicas. Prácticas y tráfico esclavista”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, (14), Pág. 91-125, 1991.
- MEJIAS-LOPEZ, W., “La relación ideológica de Alonso de Ercilla con Francisco de Vitoria y fray Bartolomé de las Casas”, en *Revista Iberoamericana*, Vol. LXI, Núm. 170-171, Enero-Junio 1995. 1995.
- OCAÑA, D., *Viaje a Chile: relación del viaje a Chile, año de 1600*, contenida en la crónica de viaje intitulada “A través de la América del Sur”. Volumen 14 de Colección Escritores coloniales de Chile, editor, Eugenio Pereira Salas, Editorial Universitaria, 1995.

- O'PHELAN GODOY, S., *Un siglo de rebeliones anticoloniales Perú y Bolivia*, 1ª edic. 1988, 1700-1783. Lima: IEP Instituto de Estudios Peruanos, 2012.
- PALMA, E. E., “La noción de Estado en el poema *La Araucana*”, en *Anuario de la Universidad Internacional SEK*, número 1, pp 147-154, Santiago de Chile, 1995.
- PALMA, E. E., *Estado Constitucional Liberal Católico en Chile (1812-1924)*. *Nueva Historia Constitucional*, edición Facultad de Derecho, Universidad de Chile, impresión LOM, Santiago de Chile. 2012.
- PALMA, E. E., “La revuelta o malón del ‘cacique Agustín Curiñancu’ a la luz de un memorial de 1765”, *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores* -, pp. 11-24. 2018, I. 2018
- RAMIREZ, R., *Fr. Gil González de S. Nicolás. El primer defensor de los indios en Chile*, Colección Cuarto Centenario Dominicos núm. 1. Santiago de Chile. 1986
- SZÁSZDI LEON-BORJA, I., PALMA, E. E., “El parlamento hispano-araucano de 1641: naturaleza jurídica de un pacto internacional”, en *Libro en Homenaje del profesor Carlos Díaz Rementería*. España: Universidad de Huelva, 1968, pp 699-711.
- SZÁSZDI LEÓN-BORJA, I., “Los precedentes portugueses a los acuerdos hispano-taínos y el valor de los pactos de guatiao”, en *Colonial Latin American Review*, Vol. 13, N°. 2, 2004, págs. 243-261, 2004.
- VALENZUELA, J. (2020), “«Infieles traídos de la guerra del sur». Perspectivas desde el bautismo de indios cautivos y desnaturalizados de la guerra de Arauco (Santiago de Chile, 1585-1610). *Anuario de Estudios Americanos*, 77 (vol.1).
- ZAVALA, J., *Los Parlamentos Hispano-Mapuches 1593-1803: textos fundamentales*, Ediciones Universidad Católica de Temuco, 2015.

Sobre las “Leyes estúpidas”: ¿Expresión de la falta de cultura histórica para el derecho? (a partir de un video de Oobah Butler en Youtube)*

Ricardo Rabinovich-Berkman

A mi querido y admirado amigo,
el Profesor Dr. Antônio Carlos Wolkmer,
al cumplirse sus primeros 70 fructíferos años.

1. Introducción. Las “leyes estúpidas”

Debo comenzar por agradecer a mi agudo hijo mayor, Ezequiel Rodrigo. Fue él quien me recomendó un video inglés, muy difundido, sobre las “leyes estúpidas”. La sugerencia apuntaba al aspecto grotesco y cómico del material en cuestión. No a su profundidad, por cierto. Pero el video me hizo pensar, lo que ya valdría de por sí. Y terminó inspirando estos humildes párrafos.

Me ha parecido oportuno ofrecer este modesto trabajo al *liber amicorum* dedicado a Antônio Carlos Wolkmer, porque, en definitiva, se trata aquí de dos factores en los que este brillante jurista brasileño ha descollado a lo largo de décadas. El primero es la consideración de la dimensión histórica (que a veces llamamos “historicidad”) de lo jurídico, y su importancia. El segundo es la visión crítica de los argumentos, léase el pensamiento crítico en las ciencias sociales.

El autor y protagonista del video al que me he referido antes es el controvertido escritor británico Oobah Butler¹. Se hizo famoso por haber inventado un restaurante inexistente que llegó a estar primero en la nómina londinense de *Trip Advisor*, entre otras aventuras.

1 https://en.wikipedia.org/wiki/Oobah_Butler

En dicho video, Butler anuncia que mostrará cómo supuestamente viola varias “leyes estúpidas” (así las denomina). Lo hará en plena capital inglesa. Algunas de sus transgresiones las concretará a la vista de los agentes policiales. La idea es hacerlo sin recibir reprimenda alguna, sólo el asombro de pocos transeúntes². Esto demostraría, al parecer, a su juicio, la estupidez de las leyes vulneradas.

Sin embargo, como veremos, aquellas que Butler llama “stupid ancient laws” (“estúpidas leyes antiguas”) o “dumb laws” (“leyes tontas”) son en realidad normas represivas desactualizadas. En su contenido o simplemente en su redacción. O apenas en la terminología empleada.

Apresurémonos a esclarecer que el abordaje de Butler va dirigido al gran público y resulta abrumadoramente superficial (un aspecto no necesariamente implica al otro). Nunca se detiene a reflexionar, siquiera un instante, acerca del fondo de los preceptos en cuestión o las circunstancias en las que fueron sancionados. Se limita a actuar.

Se supone que las disposiciones transgredidas nunca fueron derogadas específicamente. Por lo tanto, si se aplicara un criterio formalista estricto, podrían considerarse normas vigentes. Sin embargo, algunas de ellas en realidad habrían sido dejadas sin efecto de hecho por otras regulaciones posteriores con sentido contrario. O bien simplemente habrían caído por desuso. Para peor, dos de las “leyes” de marras se encuentran concretamente derogadas.

Como veremos a continuación, esas normas, en su tiempo, cuando fueron sancionadas, no parecen haber sido estúpidas ni ridículas. Y algunas de ellas siguen sin serlo en la actualidad. Semeja, en cambio, que todas ellas tuvieron su sentido y razón de ser. Claro que todo esto va más allá de que se compartan o no los puntos de vista o las ideas que inspiraron a estas normas. Pero, en todo caso,

2 https://video.vice.com/en_us/video/vice-i-broke-dumb-laws-in-front-of-police-to-see-if-theyd-arrest-me/5c87e1b6be4077042c2c2c11

una cosa sería una ley “mala” o “injusta” y otra muy diferente una ley “estúpida” o “ridícula”.

2. Los preceptos en cuestión

Como lo adelantábamos, Butler se divierte en el video concretando las conductas prohibidas delante de policías. Implícitamente, los asume como guardianes del cumplimiento de la totalidad de las normas vigentes. Una custodia que, al parecer, Butler supone ejercida de manera ciega y no razonada. Como si los agentes fueran máquinas o autómatas carentes de juicio crítico. Y como si estuvieran completamente desprovistos de sentido histórico. Se nota que esos son los criterios con los que Butler visualiza el mundo jurídico.

En el video las conductas de Butler son denominadas “breaking”. Es decir, “quiebre”. Pero, en realidad, no parece estar quebrando nada. Porque las normas respectivas ya no rigen, o bien las acciones por él realizadas escapan del espectro actualmente reprimido. Seguramente es por eso que los agentes no lo reprenden. No porque coincidan en la apreciación de “estupidez” de las leyes, sino porque entienden, correctamente, que no están vigentes. O bien asumen que las conductas en cuestión no las transgreden.

El que parece estar interpretando mal las situaciones en ese sentido es el propio Butler. Sin menoscabo, claro está, de lo graciosas que las escenas puedan resultar. Pero hay otro aspecto que sí nos está haciendo notar, y mucho, este ingenioso video. Me refiero a que las normas jurídicas están inevitablemente ligadas a sus coordenadas temporales. Porque, como veremos, las restricciones que Butler pone en crítica estuvieron justificadas, a los ojos de quienes las idearon y dispusieron. En su momento, claro está, y según la cosmovisión entonces compartida.

Hay una sola excepción, quizás. Asombrosamente, se trata del precepto más reciente de todos los involucrados. Se trata de

la “Ley del Salmón” (*Salmon Act*) de 1986. Esta disposición declara ilegal, en efecto, como Butler lo plantea, el acto de “manipular un pescado [en realidad, no es necesario que sea un salmón, como erróneamente dice el video] en circunstancias sospechosas”³.

Sin embargo, el propio texto legal explica: “una persona ha de ser culpable de una transgresión si, en un tiempo en que cree o sería razonable para ella sospechar que un delito relevante ha sido cometido en cualquier momento en relación con cualquier pescado al que se aplique esta sección, recibe ese pescado, o asume o asiste en su retención, remoción o disposición, o si arregla para hacerlo”⁴.

Es decir, que lo poco afortunado (aunque no estúpido, tonto ni ridículo) es la redacción de esta norma. Porque es verdad que puede hacer pensar en situaciones absurdas, como las que actúa Butler en su video. Una vez más, queda en evidencia que el arte de escribir las disposiciones jurídicas no es sencillo. Pero ese es otro cantar. La conducta referida, por su parte, es bastante lógica y obedece a una política racional de control de la pesca.

Las restantes normas vigentes “atacadas” por Butler prohíben:

- a) Usar armaduras en el Parlamento (1313)
- b) Sacudir una alfombra sucia en público después de las 8 horas (1839)
- c) Cantar baladas obscenas en público (1839)
- d) Golpear a una puerta y escapar (1847)

En cambio, hay tres prohibiciones más que, si bien estaban vigentes en otros tiempos, ya fueron derogadas. De modo que But-

3 “*Handling fish in suspicious circumstances*” (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/62/section/32>). Todas las traducciones son mías si no se indica otra cosa.

4 “a person shall be guilty of an offence if, at a time when he believes or it would be reasonable for him to suspect that a relevant offence has at any time been committed in relation to any fish to which this section applies, he receives that fish, or undertakes or assists in its retention, removal or disposal, or if he arranges to do so” (*Ibidem*).

ler, al parecer, no se informó debidamente al respecto. A dos de ellas las dejaremos fuera de nuestro campo, pues llevan mucho tiempo sin regir. Son:

- a) Usar un cuello doble exagerado (*outrageous*).
- b) No usar calcetines a 100 yardas de la reina.

En cambio, sí nos ocuparemos de la prohibición de realizar juegos de apuestas en una biblioteca (1898), pues si bien la norma en sí está fuera de vigor, la conducta en cuestión sigue prohibida.

3. Ir al parlamento con armadura

3.1. Los antecedentes (*nada estúpidos*) del precepto

Vamos a comenzar por la norma más antigua. Se trata del *Statutum de Defensione Portandi Arma* (“Estatuto sobre la prohibición de portar armas”). Fue sancionado por el turbulento Eduardo II, en 1313. Es decir, un momento particularmente traumático de la historia inglesa, incluso para los estándares de esa época inquieta.

El precepto, en efecto, nunca fue directamente derogado. Su texto dice: “En todos los Parlamentos, Tratados u otras Asambleas, que se hagan en el Reino de Inglaterra para siempre, que todo hombre ha de venir sin cualquier fuerza y armadura, bien y pacíficamente, para el Honor de Nosotros, y la Paz de Nosotros y de nuestro Reino”⁵.

Los antecedentes fácticos inmediatos de la disposición parecen haber surgido del Parlamento reunido en la primera mitad de 1308. El principal objetivo de esta asamblea habría sido la deposición del favorito del rey Eduardo II, el gascón Piers de Gaveston, Conde de Cornwall. Este advenedizo, posiblemente amante

5 “that in all Parliaments, Treatises, and other Assemblies, which should be made in the Realm of England for ever, that every Man shall come without all Force and Armour, well and peaceably, to the Honour of Us, and the Peace of Us and our Realm”. <https://www.legislation.gov.uk/aep/Edw2/7/0/section/wrapper1>

del monarca, había excedido el límite de tolerancia de los grandes nobles. En la coronación, había precedido a los demás, portando la corona (KEIGHTLEY, 1845, p. 188).

Tres días después, el 28 de febrero, los barones ingleses exigieron el destierro de Gaveston. El rey, al parecer con la intención de calmar las aguas, los convocó a un Parlamento para pasada la Pascua. Los nobles aceptaron, pero resolvieron mostrar en esa asamblea toda su fuerza al monarca. En esa línea, se habrían presentado a la reunión armados, cosa que ya habrían hecho en asambleas políticas anteriores (KNIGHT, 1881, p. 476).

Lo cierto es que los barones consiguieron obligar a Eduardo II a enviar al exilio a Gaveston. El rey habría quedado especialmente resentido por esa derrota, no sólo por su particular afecto hacia el desterrado sino además porque quedaba su debilidad en evidencia. Tanto es así, que poco tiempo después logró traer de regreso al Conde de Cornwall, que terminaría ejecutado por los grandes barones⁶.

El monarca ya habría sancionado previamente otras prohibiciones en el mismo sentido de prohibir la asistencia en armas a los parlamentos. Pero ésta de 1313, dada en un fugaz momento de recuperación de su poder, parece haber sido la definitiva. Tanto que, como bien aduce Butler en su video, teóricamente sigue en vigencia en la actualidad. Claro que eso no implica que fuera exitosa. Por el contrario, parece que resultó un fracaso. Porque hubo barones que la desafiaron y Eduardo II, que tan mal acabaría sus días a manos de aquellos nobles rebeldes, nada pudo hacer al respecto.

3.2. La actualidad de la prohibición

Ahora bien, ¿era “estúpido” en 1313 prohibir que los parlamentarios se presentasen a la asamblea preparados con su equipo de batalla? ¿O se trataba de una provisión razonada y sensata?

6 Para profundizar sobre la interesante y compleja figura del primer favorito de Eduardo II: HAMILTON, 1988; DODGE, 1899.

Si actualizamos la pregunta, se responde sola. El atuendo guerrero, obviamente, ya no consistiría hoy en una armadura y una espada o hacha de combate. Ahora sería un traje militar de fajina, con el respectivo casco munido de visor infrarrojo, un fusil de largo alcance u otra arma de alto poder y una fuerte pistola de guerra.

¿Acaso no está severamente prohibido, en todo el mundo, el acceso a los parlamentos, congresos, cortes o como se los llame portando tales implementos? En 1313 no había detectores de metales ni rayos X. Hoy, una persona armada no pasaría siquiera por ellos. Si no pudiera explicar su actitud en términos plausibles, seguramente se encontraría en serios problemas. Y si, por acaso, hubiera conseguido ingresar y se la descubriera dentro, mucho peor.

¿Era necesario derogar este secular estatuto? Quizás, si se pensara con una mentalidad típica de nuestra época, sí. Máxime en países con un apego mayor a las leyes, como sucede en los más adheridos a la tradición romano-germánica. Sobre todo, los latinoamericanos. Pero en Inglaterra, donde predomina una óptica más cercana a la costumbre y a la jurisprudencia, no lo parece. De hecho, el mismo sitio oficial ya citado aduce que no han existido problemas registrados recientemente debido a esta prohibición.

Aún así, es menester destacar que Butler realmente no entra en las Casas del Parlamento usando una armadura verdadera. Es decir, que ni siquiera realiza la conducta descripta por la norma. Lleva una burda réplica de plástico, del tipo que se vende para niños o como disfraz de fiestas. No deja dudas acerca de su nula peligrosidad. Más se muestra como algo grotesco o cómico que ofensivo. Igualmente, genera preguntas. A las que responde diciendo que va a hacer una filmación.

Quizá, si Butler se hubiera presentado vestido con una armadura real, las cosas hubiesen salido de otra manera muy diferente. No porque su conducta generase temor a la luz de las motivaciones que pesaban sobre Eduardo II, ciertamente. Además, el esta-

tuto de 1313 se refería claramente a quienes acudieran a los Parlamentos para integrarlos. No a quienes realizaran la visita turística de los edificios parlamentarios. Esto último era impensable en el siglo XIV, cuando esos predios ni siquiera existían.

Pero seguramente, al verlo tratando de ingresar con una armadura verdadera, que involucra la pertinente espada, le hubiesen pedido explicaciones. Sin dudas, hubieran pesado consideraciones atinentes al peligro de atentados o de protestas violentas. No parece imaginable que, sin una autorización previa especial motivada, se le hubiera permitido el acceso. Igual no lo hubieran decapitado, eso es indiscutible. Pero, en definitiva, lo que hace no es demasiado diferente de tomar un avión con una bomba de juguete de plástico, inofensiva, en el equipaje.

Es decir, que en su búsqueda de mostrar una “ley estúpida” y con qué facilidad la “quiebra”, Butler acabó poniendo en evidencia todo lo contrario. O sea, que una norma dada hace más de siete siglos sigue teniendo fundamentos y razones de ser comprensibles y compatibles en la actualidad.

Y, por sobre todo, que existe la conciencia de lo inconveniente que resulta violar la norma de manera efectiva y verdadera. El propio Butler comparte esa noción. Tanto, que su conducta como supuesto infractor se limita a una simple aproximación burlesca, claramente no peligrosa. Lejos de demostrar la estupidez y la obsolescencia, se demostraron la sensatez y la perdurabilidad del precepto.

4. Sacudiendo alfombras

Las restantes normas que toma Butler son del siglo XIX. Algunas de ellas tienen casi doscientos años, que no es poco decir. Se trata de las prohibiciones de sacudir una alfombra sucia en público después de las 8 de la mañana, de cantar baladas obscenas en público y de golpear a una puerta para molestar. Con excepción de la última,

estas conductas están vedadas por la Ley Metropolitana de Policía (*Metropolitan Police Act*) de 1839.

Los dos primeros comportamientos, para ser punidos, debían darse en un sitio abierto de pasaje (*thoroughfare*) o en otro lugar público. El inherente a las alfombras castiga a: “cualquier persona que en cualquier sitio público de pasaje golpear o sacudiera cualquier alfombra, carpeta o felpudo (salvo los felpudos de las puertas antes de las ocho horas de la mañana), o tirase o dejase cualquier polvo, deshechos o cenizas, o cualquier carne podrida, pescado, menudencia o basura, o arrojase o hiciera que cualquiera de esas cosas cayera en una cloaca, caño o drenaje, o dentro de un pozo, arroyo, o curso de agua, estanque o reserva de agua” (Sección 60,3)⁷.

En este caso, Butler “estupidiza”, por así decirlo, con su propia conducta burlesca, una norma que parece bastante lógica y comprensible. Se coloca a las puertas del Palacio Real de Buckingham y sacude un felpudo del que surge un polvo brillante. Lo hace después de las 8 de la mañana. Actúa ostensiblemente, montando un espectáculo delante de los policías de guardia. Lleva, además, ropas inusuales.

Todo el cuadro consiguiente resulta así grotesco. Con adusto gesto de paciencia (y quizás alguna duda sobre la cordura del sujeto) los agentes deciden tolerar su comportamiento. Probablemente lo consideraron más una payasada que una verdadera transgresión. Podrían no haberlo tolerado, sin embargo. Y no les hubieran faltado razones.

Si yo hubiera atinado a pasar por allí en ese momento, por ejemplo, me hubiera molestado bastante llenarme de ese polvo co-

7 “Every person who in any thoroughfare shall beat or shake any carpet, rug, or mat (except door mats before the hour of eight in the morning), or throw or lay any dirt, litter or ashes, or any carrion, fish, offal, or rubbish, or throw or cause any such thing to fall into any sewer, pipe, or drain, or into any well, stream, or watercourse, pond, or reservoir for water” (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/2-3/47/section/60>) .

lorido. Peor aún, respirarlo. Ni hablar del supuesto de niños, ancianos o personas con problemas respiratorios. Quizás en este punto Butler no demostró la estupidez de una norma antigua, sino la conveniencia de que no se dejase de tenerla en vigor.

Desde el punto de vista de la historia jurídica, lejos de generarse una crítica irónica a la permanencia de preceptos de otras épocas, lo que se consigue así parece ser exactamente lo contrario. Butler pondría en evidencia que existen prescripciones antiguas cuya razonabilidad goza de extraordinaria perduración. Esto no quiere decir que estén liberadas de la coordenada temporal, que sean acrónicas, como aquellas que imaginaban los racionalistas al estilo de Pufendorf.

De ninguna manera. Pero veamos cuáles pueden haber sido las circunstancias que dieran lugar a esta prohibición en 1839. Por un lado, tenemos la cohabitación en las ciudades con gran densidad poblacional, como Londres. Ésta es una situación que ya traía problemas desde la Antigüedad.

A esto se suma la existencia de alfombras. Este adminículo, típico en la Europa del incremento del confort y la sofisticación, era cada vez más común entonces. Por cierto, las alfombras requieren una limpieza periódica. Y tal aseo, por las características de la alfombra, libera polvo. Lo que puede causar molestias o incluso perjuicios sanitarios para otras personas.

Frente a esos factores, el legislador británico parece haber seguido la vieja premisa popular de que “los trapos sucios se limpian en casa”. Las alfombras, en consecuencia, para evitar incomodidades y perjuicios a terceros, se han de sacudir dentro o en lugares apartados o específicos. Nunca en sitios públicos no destinados a ese efecto. Se ha dejado una excepción: los felpudos de las entradas de las casas, siempre y cuando se los agite antes de que las personas se aglomeren en las calles.

Lo cierto es que pocas personas se asombrarían si hoy, en cualquier urbe del mundo, se adoptasen estos criterios. Claro que la

invención de las máquinas aspiradoras ha modificado el escenario. Concretamente, ha cambiado el polvo de lugar. Pero las alfombras siguen estando y las ciudades aglomeradas también.

5. Una balada baladí

Cosas semejantes pueden decirse de la prohibición de cantar baladas obscenas. El texto completo es éste: “Cualquier persona que vendiera o distribuyera u ofreciera para venta o distribución, o exhibición a la vista pública, cualquier libro, papel, impresión, dibujo o representación profana, o cantara cualquier canción o balada profana, indecente u obscena, o usara cualquier lenguaje profano, indecente u obsceno para molestia de los habitantes o pasajeros” (Sección 54,12)⁸. La prohibición fue sustancialmente reiterada en 1847 por la Ley de Cláusulas Policiales Urbanas (*Town Police Clauses Act*), Punto F33.

Butler regresa a las puestas en escena burlescas. Se para frente a la casa del ex Primer Ministro, Tony Blair. Desde la vereda de enfrente, canta una breve canción, bastante tonta, con un doble sentido no exageradamente ingenioso. Una vez más, los policías (ahora los que montan guardia en la puerta del político) lo miran con una mezcla de hastío y asombro, pero no lo reprenden.

Claro está que esa impunidad de Butler no parece obedecer a que la norma en cuestión sea antigua ni estúpida. Más bien semeja que a juicio de los agentes su conducta resulta completamente intrascendente. Los policías, con su inactividad, no dan una muestra de desuetudo sino de civilización y tolerancia.

Creo que estamos ante normas que podemos no comparar, pero que de estúpidas no tienen nada. Si bien son ciertamente

8 “Every person who shall sell or distribute or offer for sale or distribution, or exhibit to public view, any profane book, paper, print, drawing, painting or representation, or sing any profane, indecent, or obscene song or ballad, or use any profane, indecent or obscene language to the annoyance of the inhabitants or passengers” (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/2-3/47/section/54>)

antiguas, no parecen resultar anacrónicas en su fondo. Es decir, en cuanto se refiere a la situación que contemplan. Todo lo contrario. Las formas de la obscenidad pueden haber cambiado con el paso del tiempo. Los conceptos alrededor de ella también. Pero las conductas consideradas obscenas siguen estando castigadas en muchos países, Inglaterra incluida.

6. Un juego peligroso

La conducta que Butler interpreta como “golpear a una puerta y salir corriendo”, ya integraba también el conjunto de comportamientos penalizados por aquella misma ley de 1839. Su texto se refería a “cualquier persona que voluntariamente y sin motivo⁹ molestara a cualquier habitante presionando o haciendo sonar cualquier timbre o golpeando a cualquier puerta sin excusa lícita, o extinguiera la luz de cualquier lámpara voluntaria e ilícitamente” (Sección 54,16)¹⁰. Butler, sin embargo, se refiere a la ya mencionada Ley de Cláusulas de Policía Urbana, de 1847, que reproduce la descripción de la norma anterior (Cláusula F35).

Al parecer, se extendió por entonces en Inglaterra un juego infantil y juvenil llamado “*Knock, Knock, Ginger*”, que estaría vinculado con la “Noche de Nickanan”, una festividad popular de la región occidental de Cornwall (Sudoeste de Gran Bretaña). El lunes previo a la Cuaresma, los muchachos salían con unos pequeños bastones a golpear a las puertas y huir¹¹.

Parece, sin embargo, que no a toda la gente esta diversión le resultaba simpática ni estaba dispuesta a tolerarla en silencio.

9 “wantonly” puede tener también una semántica que evoque la lascivia o lujuria.

10 “Every person who shall wilfully and wantonly disturb any inhabitant by pulling or ringing any door-bell or knocking at any door without lawful excuse, or who shall wilfully and unlawfully extinguish the light of any lamp” (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/2-3/47/section/54>)

11 *Notes and Queries*, p 297.

Ni en esa época ni ahora. Tanto es así que, en los Estados Unidos de América, en tiempos recientes, se registraron dos casos al menos de graves agresiones (disparos con heridas de bala consecuentes) contra jóvenes que practicaban esta torpe manera de entretenimiento¹².

Butler viola este precepto llamando a la puerta del domicilio del Primer Ministro y huyendo. Por cierto, se trata de una conducta que sólo es susceptible de concretarse en Inglaterra y en muy pocos lugares más. En la mayoría de los países un transeúnte no puede ni siquiera acercarse al portal de la residencia de quien gobierna.

De manera coherente con esa actitud permisiva, tan británica, el transgresor no recibe en este caso represión alguna. Quizás fue justamente por eso que Butler eligió el emblemático portal del número 10 de la Calle Downing y no cualquier residencia al azar.

Sin embargo, parece aceptable considerar que esto que el protagonista del video hace es algo cuya represión (moderada, lógicamente), no sería estúpida. Por el contrario, resultaría bastante comprensible.

Sucede, en efecto, que es extremadamente molesta la actitud de hacer sonar un timbre o golpear a la entrada de una casa ajena sin una razón seria para hacerlo. Cualquiera a quien tal cosa le ha sucedido lo sabe muy bien. Los ya referidos horribles episodios estadounidenses de pocos años atrás bastan como muestra, más allá de las consideraciones psicopatológicas que puedan merecer los vecinos que respondieron disparando a los transgresores. Justamente, el establecimiento de una pena podría ser entendido como

12 En 2011, un adolescente de 12 años fue herido de un disparo en la espalda (las lesiones asociadas con este juego suelen ser así, porque los que golpean a las puertas salen corriendo) en Kentucky (<https://web.archive.org/web/20120323113217/http://www.wlky.com/r/28232763/detail.html>). En 2016, en un episodio similar acaecido en Oklahoma, la víctima tenía 14 años (<https://www.news.com.au/world/north-america/us-teen-shot-in-the-back-after-playing-ding-dong-ditch/news-story/cae8d257c7d2da994bdb26e6d7c7aecd>). No recomendaría a Butler experimentar en los EEUU.

una manera funcional de evitar las reacciones violentas por parte de las personas incomodadas.

Ni la disposición de 1839 ni la de 1847 requieren la huida de quien golpea a la puerta. Parece que Butler quiso poner otro acento teatral cómico al escaparse, cosa que hace de un modo sobreactuado. Sin embargo, es cierto que quienes concretan estas conductas asombrosas suelen desaparecer antes de que la víctima acuda a la incómoda llamada.

Y se escapan con sobradas razones. Porque la gente de la casa difícilmente se tome la visita de modo simpático (ni que hablar en Kentucky u Oklahoma). En definitiva, suele tratarse de un comportamiento lúdico de niños o adolescentes. En personas adultas de mente sana, resulta francamente incomprensible.

7. Un mal lugar para apostar

Nos queda, para terminar este breve análisis sobre la supuesta estupidez de las normas antiguas, la que prohíbe realizar juegos de apuestas en una biblioteca. Butler denomina a la norma que veda esta conducta “Ley de Biblioteca y Transgresiones” (*Library & Offences Act*), pero en realidad se llama “Ley de Transgresiones en Bibliotecas” (*Libraries Offences Act*), de 1898. Se trataba de un conjunto de prescripciones destinadas a tipificar y castigar, con penas de multa bastante moderadas (hasta 40 libras) a quienes se comportasen de manera indecorosa, agresiva, grosera o incómoda en las bibliotecas y en los museos, tanto de índole pública como privada.

El art. 2 inc. 3 penalizaba a “cualquier persona que, en cualquier biblioteca o sala de lectura a la que esta Ley se aplique, para molestia o incomodidad de cualquier persona que use la misma [...] apuesta o juega juegos de azar”¹³. En 1964, quedaron fuera del

13 “Any person who, in any library or reading-room to which this Act applies, to the annoyance or disturbance of any person using the same,— bets or gambles” (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/61-62/53/section/2/1991-02-01>)

alcance de la referida normativa las bibliotecas y museos públicos, que pasaron a ser regulados por una Ley especial. Butler no indica si la biblioteca en que ingresa en el video es privada o no. Igualmente, en 2005 el precepto quedó derogado por la Ley de Juegos de Azar (*Gambling Act*). De manera que la conducta que se muestra en el video no transgrede la norma a la que hace mención, más allá de que sí pueda violar otra, mucho más próxima en el tiempo. Así que no se trataría ya de una ley “antigua”. Quedaría solamente por verse si sería “estúpida”.

Claro que esa calificación siempre resulta, en última instancia, subjetiva, y de científica nada tiene. Pero podríamos llegar a aceptar que hubiera preceptos, al menos hipotéticamente, que no resistieran el mínimo análisis de seriedad. Por supuesto, ese cotejo debería hacerse siempre a la luz de la cultura en cuyo contexto se ha construido esa norma. Porque de lo contrario, podría predicarse el asombro o incluso el repudio (desde otra óptica cultural, claro), pero nunca la estupidez.

Es tan raro que pueda darse una norma jurídica de esas características, que cuesta trabajo incluso buscar ejemplos hipotéticos. Sólo vienen a la mente ideas ridículas. Como si una ley impusiera que toda motocicleta llevase cenicero. O que los pañuelos debieran combinar con el color de las medias. Son preceptos que podrían ocurrírsele a un escritor como Ionesco o a un cineasta como Buñuel. Pero que en la realidad es muy difícil que se presenten. A veces, la norma puede parecer fronteriza con la estupidez, pero aun así con alguna posibilidad de encontrarle sentido¹⁴.

14 Hace casi medio siglo, mientras navegaba con tres amigos en un botecito de goma inflable por el mar cerca de la costa de la Patagonia argentina, un barco de la Prefectura Naval nos interceptó y multó por no llevar matafuegos, aduciendo que tal elemento era obligatorio en cualquier embarcación con motor. Parece obvio que en caso de incendio en un pequeño bote de goma lo más indicado es lanzarse al mar, con el debido chaleco salvavidas puesto, y procurar que la embarcación se aleje lo más posible de las personas o de cosas inflamables. No quedarse arriba a luchar heroicamente contra el fuego. Pero, aun así, podrían aducirse otras razones, aunque alambicadas, para exigir un matafuego.

El caso de la conducta que aquí nos interesa parece claramente quedar fuera del marco de la estupidez. Podrán discutirse aspectos de forma, el nivel de los preceptos que se han de ocupar del asunto (legales, policiales, administrativos, etc.) y el grado de la punición (multa, arresto, trabajos comunitarios, etc.) Pero que se prohíban los juegos de azar y las apuestas por dinero en una biblioteca, y se castigue con moderación a quienes incumplan con tal veda, difícilmente podría ser considerado falto de sentido. Las bibliotecas están pensadas para ser espacios tranquilos dedicados a la lectura. A menudo son frecuentadas (y es bueno que así sea) por niños y adolescentes. Sobran las razones para tratar de evitar en tales lugares aquellos comportamientos.

8. Conclusiones

Si la intención de Butler fue demostrar la estupidez de leyes antiguas, parece que ha fracasado. Los propios ejemplos que escogió arrojan resultados muy diferentes de aquella hipótesis. Todas las conductas penalizadas se evidenciaron dignas de prohibición y justificadas en el contexto de su creación. Aunque las circunstancias sociales y tecnológicas hayan cambiado, las ideas subyacentes a todos los preceptos en cuestión conservan vigencia. Por ello es que Butler debe recurrir a gestos y disfraces exagerados y actitudes burlescas para generar hilaridad.

Sin embargo, otros aspectos sí quedan demostrados gracias a este video:

- a) Que no existe una conciencia general de que las normas jurídicas son una construcción que se da en determinadas coordenadas de tiempo y espacio. Al parecer, se tiende a considerarlas como unos elementos atemporales. A menudo las críticas populares a los preceptos antiguos adolecen de ese problema.

- b) Que la superficialidad inherente a la cultura promedio de nuestra época no sólo tiene por pilar al etnocentrismo de la civilización hegemónica de base europeo-norteamericana. También se le impone un “cronocentrismo” (permítase el término) que hace verlo y juzgarlo todo desde nuestra perspectiva actual. Entonces, las normas antiguas, forjadas al calor de otras coordenadas temporales (sociales y tecnológicas), pueden ser visualizadas como “estúpidas”. De la misma manera que, en algunas películas fantasiosas de personas del pasado que viajan al presente (o viceversa) éstas son mostradas como imbéciles, simple y sencillamente porque quedan absortos ante un automóvil, se asustan frente a un tren o se amilanan al pasar un avión. Obviamente, no existen las travesías temporales fuera de la ficción. Pero, si alguna vez las hubiera, y Sócrates, Platón o Aristóteles aparecieran en el siglo XXI, seguramente estarían apavorados ante aquellos ingenios. Pero eso no los transformaría en estúpidos, por cierto.
- c) Que el derecho se construye eminentemente en el espacio social. Y que ello explica, y no una aducida estupidez de las leyes, que conductas gravemente penalizadas en un tiempo puedan soslayarse siglos (o menos) después. Si el derecho fuera un fenómeno normativo formal, como lo entienden algunas muy respetables escuelas, sería imprescindible derogar expresamente esos preceptos para que no se aplicasen los castigos desactualizados. Eso parecería ser lo que piensa Butler al hacer su video. Pero la realidad le muestra otra cosa. Él interpretaría su impunidad como resultado de una conciencia policial de la estupidez de las normas. Pero más parece que lo que sí pesa para no castigarlo es la noción, por parte de los agentes de seguridad, del ser-en-el-tiempo de los preceptos.

- d) Que quienes nos dedicamos al estudio de lo jurídico no debemos jamás despreciar los mensajes que surgen de fuentes populares. Todo lo contrario. El cine y la televisión, como antes lo fuera la literatura, proporcionan vetas de riqueza formidable para aproximarnos a nuestros temas.

Siempre que consideremos, claro está, que el derecho excede completamente a las normas. A ese arco de interés hemos de sumar nuevos capítulos, pues el ser humano es una obra de arte que no para de crear: los juegos electrónicos, las presentaciones y videos expuestos en Internet, por ejemplo.

La historia es un inagotable patio de juegos. Evocada por poetas elocuentes, seducida por literatos melodiosos, adornada con las joyas preciosas del teatro, reclamada en matrimonio único e indisoluble por gente autodenominada de ciencias, nunca ha dejado de abrir su corazón al pueblo. A ese populacho incesante que teje las coplas, los versos de cordel y las narraciones tradicionales. Esa legión sublime de abuelas contadoras de cuentos multiformes.

Podemos llegar, tal vez, a imaginar que la historia jurídica, impregnada por el formalismo estéril de la grey del derecho, no correría esta suerte tan pueblerina. Pero sería, parece, una ilusión. Una de aquellas quimeras que sueñan quienes no soportan la mera alternativa de descender de su pedestal nuboso.

En este caso en particular, cabe agradecer a Oobah Butler, por habernos inducido a pensar un rato. En definitiva, como dice el viejo refrán inglés, y con perdón del juego de palabras...

“The Butler did it”.

Referencias

- DODGE PHELPS W., *Piers Gaveston, a Chapter of Early Constitutional History*. London: Unwin, 1899.
- HAMILTON, J.S., *Piers Gaveston, Earl of Cornwall, 1307-1312: Politics and Patronage in the Reign of Edward II*, Detroit, Wayne, 1988; Keightley, Thomas, *The History of England*, I. London: Whittaker, 1845

- KNIGHT, C., *The Popular History of England*, I. N. York: Lovell, 1881
- Notes and Queries: a Medium of Inter-Communication for Literary Men, Artists, Antiquaries, Genealogists, etc.*, v.12. London: Bell, 1855, p 297.
- UK PUBLIC GENERAL ACTS. *Gambling Act 2005*. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/19/schedule/17>
- UK PUBLIC GENERAL ACTS. (s. f.). *Metropolitan Police Act 1839*. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/2-3/47/section/54>
- UK PUBLIC GENERAL ACTS. *Public Libraries and Museums Act 1964*. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1964/75>
- UK PUBLIC GENERAL ACTS. (s. f.-b). *Town Police Clauses Act 1847*. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/10-11/89>

Reflexiones críticas alrededor de la categoría Estado de Derecho

Solange Delannoy, Adriana Mack

1. Algunas palabras introductorias

Cuando conocimos al profesor Wolkmer corría el año 2007 y en la ciudad de Santa fe en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Litoral se desarrollaba el VIII Congreso nacional y X latinoamericano de Sociología Jurídica. Allí conocimos a Antonio Carlos y coincidimos nuevamente en el XI Congreso en el 2010 desarrollado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Establecimos relaciones académicas cordiales, así en el año 2018 presentamos entonces al profesor como invitado al programa Origen II de la UNR en la facultad de Derecho. Mucha generosidad de su parte nos permitió disfrutar de sus exposiciones sobre Teoría Crítica y Pluralismo jurídico y Derechos Humanos en América Latina. También en el 2018 durante el Congreso Anual de la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires tuvimos el honor de presentar su libro “Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho”.

La lectura de su obra nos aportó una visión extensa y profunda de la Teoría crítica en sus distintas vertientes y la relación con los clásicos. La rica exposición de Wolkmer a lo largo de su producción científica ha extendido el amplio abanico de los críticos. Así las cosas, es que nos sentimos muy honradas al recibir la invitación de la profesora Débora Ferrazzo para participar en esta obra colectiva dedicada a conmemorar los 70 años de edad y los 30 de la defensa de la tesis doctoral del profesor Wolkmer.

Entendemos a la Teoría Crítica en el sentido de que no sólo da cuenta y devela lo oculto, sino que propone vías o posibles caminos para salir de la situación criticada.

Dice el Profesor Wolkmer:

Crítica en tanto proceso histórico identificado con lo utópico, lo radical, lo desmitificador y lo liberador, asume la “función de abrir alternativas de acción y margen de posibilidades que se proyectan sobre las continuidades históricas”. “De este modo, se puede conceptualizar a la teoría crítica como el instrumental pedagógico operante (teórico-práctico) que permite a los sujetos inertes, subalternos y colonizados una toma histórica de conciencia, desencadenando procesos de resistencia que conducen a la formación de nuevas sociabilidades al ser poseedores de una concepción de mundo anti-dogmática, participativa, creativa y transformadora. (WOLKMER, 2017, p. 23)

Así la búsqueda de la liberación del ser humano a través de la transformación de la realidad debe ser el resultado buscado de la “teoría crítica”.

En tanto la Teoría crítica del Derecho debe poner en dudas lo aparentemente “natural” de las normas jurídicas, sean estas vistas desde el iusnaturalismo como del positivismo o el realismo. Dice Sheldon Wolin, que cuando la realidad aparece como un caos y el cosmos que la hacía inteligible se vuelve confuso ese es el momento en que nuevas categorías aparecen y son construidas para explicar las relaciones en la sociedad y en las instituciones que han entrado en crisis. (WOLIN, 1974, p. 37)

En Argentina hemos recepcionado la Teoría Crítica desde la escuela de Frankfurt, como Law&Society, el Uso alternativo del derecho, los españoles y desde Portugal con la amplia recepción del pensamiento de Boaventura de Sousa Santos. También la cor-

riente del pensamiento crítico latinoamericano viene anidando y fructificando hace unos años.

2. Del Estado de Derecho al Estado Constitucional

El Estado de Derecho ha sido definido como aquel Estado sujeto al Derecho, para Elías Díaz más propiamente aquel Estado con división de poderes, Ejecutivo, Legislativo y Judicial independiente, caracterizado por el imperio de la ley como producto de la voluntad general, la defensa de los derechos del hombre y legalidad de la Administración. (DÍAZ, 1978).

El Estado de Derecho presupone además la creencia en determinados valores en los cuales ha basado su legitimidad: *paz, libertad y justicia*. La paz es impuesta por el Estado para terminar con las guerras civiles religiosas del siglo XVI, pero en este proceso el Estado devino absoluto, y así despierta las reacciones de aquellos que luchan por la libertad y en consecuencia por la idea de un poder del Estado limitado por el Derecho. Además, el Estado de Derecho cuando aparece es claramente un Estado clasista (Estado burgués) incluso compatible con la esclavitud y la miseria social. La revolución francesa aporta la *fraternidad* y la *igualdad*¹ pero en su decurso histórico termina desarrollando la libertad y la igualdad.²

1 Igualdad formal ante la ley

2 Esta igualdad ha de desembocar en el Estado Social de Derecho en el tratamiento desigual para los desiguales, para HIERRO esto no afectaría la generalidad y abstracción de la ley, ya que el principio de igualdad no excluye las desigualdades. (HIERRO, 2003, p. 450). Señala Hierro que el imperio de la ley de Elías Díaz proviene “de la concepción liberal ilustrada tal y como la recibimos de Locke, Rousseau y Kant” Remite a un fundamento último ético que es el principio de autonomía de la persona, según Laporta (1999, pp. 134,136). (Ver LAPORTA, 1999, p. 321 y ss). Distingue Laporta entre una acepción formal de *ley*, como un cierto peldaño o escalón de lo que se llama a partir de Kelsen el orden jurídico, se supuso durante largo tiempo, que era el peldaño más importante en términos normativos porque como expresión de la voluntad general, producto de un cierto órgano de decisión que acostumbramos a pensar como representación de la voluntad general, ley es la norma que surge de las asambleas

De la tradición anglosajona la idea de *injusticia* aporta el desarrollo judicial del *rule of law*.³ Así, como idea política, la noción de Estado de Derecho ha sido acaso la idea con mayor consenso universal, desplazando el poder de otras palabras-talismán tales como “democracia”, libertad” o “igualdad” que pasan a ser espacios de debate y disenso creciente.

La Revolución francesa según FIORAVANTI, es una combinación entre un modelo individualista-contractualista de una parte, y uno estatista de otra. En absoluta contraposición con el pasado del Antiguo Régimen existen sólo dos valores políticos constitucionales: el individuo y la ley como expresión de la voluntad general de la nación. De ahí su cultura fuertemente antihistoricista, ya que debe destruir el Antiguo Régimen, tanto el poder absoluto del monarca como los particularistas poderes feudales.

Dos factores nuevos aparecen: el primero, el legicentrismo,⁴ que es el punto donde la revolución media entre el individualismo

que representan al pueblo; y por último la acepción que sólo acepta como ley a la norma que es general y abstracta. También MacCormick (1989, p. 309) “La ley según una definición racionalista, es el dictado de la razón que determina para cada ser racional lo que es congruente con, y conveniente para, su naturaleza y condición”, MacCormick le opone objeciones de principio y de práctica, ver pp. 311 y ss.

3 Ver Asís Roig (1999, p. 221-222). “Este significado mínimo se traduce en la comprensión del Derecho como técnica normativa de control social relacionado con el Poder político” “...supones establecer unos límites al ejercicio normativo del Poder (al menos, la prohibición de crear normas que contradigan esas exigencias de unidad y coherencia); “La defensa de posiciones no sistémicas....Integran la idea de límites al Poder en un sentido mínimo, es decir, haciendo alusión a la existencia de mandatos relacionados con el Poder y que necesariamente, por el simple hecho de ser emitidas, delimitan su actuación” pp. 221-222

4 La solución está en la ley, la que actúa el rol de instrumento principal, es identificada como el producto principal de la actividad del Parlamento, de origen francés, el control de legalidad lo daba el Código napoleónico. Las libertades son lo que la ley del Estado quiere que sean. Gracias a su autoridad hacen posibles los derechos y las libertades. Un legislador firme y autorizado protegía del peligro del retorno a los privilegios del Antiguo Régimen.

y el estatismo. La ley es concebida como algo más que un instrumento técnico, es un valor en sí, ya que por su autoridad se hacen posibles los derechos y libertades. Si falta el legislador firme y autorizado se caería en el pasado detestado del Antiguo Régimen.

El otro factor es el constituyente⁵ que va unido al individualismo, en concreto a lo que se refiere al aspecto contractualista. La *nación* de la revolución francesa no es la simple sociedad civil de individuos titulares de derechos naturales que sólo piden mayor tutela, mayor seguridad; la *nación* ejercita el poder constituyente, por demás, cuando decide todo un nuevo orden social y político que sustituye al viejo. Se configura como una realidad cumplidamente política, que en cuanto tal, señala las metas a alcanzar, vincula a los ciudadanos, e individualiza a los enemigos a combatir y aislar.

La revolución francesa, jamás podrá ser sólo un instrumento de conservación de los derechos y libertades. La presencia de un poder constituyente del pueblo es una poderosa fuerza legitimadora desde abajo, pero puede convertirse en un problema nuevo e inédito de la relación entre poder constituyente y poder legislativo constituido; la política desatada debe ser detenida, el poder constituyente debe ser disciplinado.

La doctrina europea del Estado liberal de Derecho nace como crítica, tanto a la Constitución como norma directiva fundamental, cuanto a la Constitución como norma fundamental de garantía. En el siglo XIX el liberalismo constituye su identidad con base en la doble crítica a la Constitución como programa, y como norma fundamental de garantía (FIORAVANTI, 2000, p. 112 y ss). La Constitución como programa evocaba el aspecto jacobino de la soberanía popular y la democracia directa, y la imagen de un poder constituyente movilizado en forma permanente. Ante este peligro de la política desatada, el Estado Liberal de Derecho del siglo XIX

5 Se entiende por “poder constituyente” la entidad sociopolítica que da forma efectiva y real da lugar a una carta constitucional. Entendido como fundamental y originario poder de los individuos de decidir sobre la forma y sobre el rumbo de la asociación política del Estado.

manifiesta una fuerte necesidad de estabilidad, la búsqueda de un desarrollo ordenado, y paulatino, para dejar atrás las llamadas revolucionarias a la virtud de los ciudadanos. Así, la cultura liberal europea posrevolucionaria se desarrolla en dos vías: restituir seguridad y autonomía a la sociedad civil, y confianza y estabilidad a los poderes constituidos.⁶

Con HEGEL y SAVIGNY, se desarrolla la crítica al contractualismo revolucionario, es decir a la reducción del espacio político-público al simple producto de la voluntad de los individuos y las fuerzas sociales.

La cultura liberal obsesionada por la estabilidad, rechaza a la Constitución como mera norma fundamental de garantías, por hacer derivar las instituciones políticas, de las necesidades y de los intereses de los particulares y las fuerzas sociales. “Rechaza por ello, no solamente la supremacía del poder constituyente como motor primero de la Constitución como norma directiva fundamental, sino también, la supremacía de la sociedad civil, de los particulares como fundamento de la Constitución como norma fundamental de garantía que abandona en exceso la esfera de la política y de las instituciones a las voluntades de los individuos y de las fuerzas sociales” (FIORAVANTI, 2000, p. 102)

La aspiración a la estabilidad para los liberales decimonónicos, se manifiesta en la idea del Estado de Derecho. Este estatismo liberal se expresa tanto en la protección de los individuos fren-

6.CASÁS (1999). “La seguridad jurídica aparece en el marco constitucional-ideario de fines del siglo XVIII como consecuencia de las revoluciones francesa y norteamericana-, a través de varios principios que la expresan, delimitan, y le dan sentido...*La supresión de la incertidumbre y de la sorpresa en el obrar estatal. *La certeza del Derecho. *El consentimiento en la formación de la ley. *La representatividad de los gobernantes. *La lealtad del Estado que se expresa en el estándar anglosajón del “debido proceso legal”. *La previsibilidad del Derecho y de las consecuencias jurídicas que se derivan del obrar de los particulares. *La protección de la confianza (Paulick, H. Kruse, Hensel). *La interdicción de la arbitrariedad. <http://www.salvador.edu.ar/ua1-4-ab.htm>, accesible septiembre, 2006

te a la arbitrariedad de los poderes públicos, como en la protección de los mismos poderes frente a las voluntades particulares, individuales o de grupo, operantes en la sociedad civil.⁷ Niegan por lo tanto que la autoridad-legitimidad de las instituciones políticas devenga del poder constituyente de los ciudadanos, de la voluntad de los individuos resultante del contrato social. Desean restituir la autonomía a los poderes constituidos, desvinculándolos del arbitrio circunstancial de las voluntades de los individuos; colocando en su lugar al pueblo-nación, como fundamento más estable y sólido de las instituciones políticas.

Se produce entonces, un renovado protagonismo del Estado en pleno siglo XIX, el que se manifiesta en dos direcciones fundamentales: el Código Civil y la Administración Pública. En el centro de los proyectos revolucionarios estaban estos dos. El Código Civil es un instrumento fundamental para extender las ideas revolucionarias a la esfera del derecho civil como derecho cotidiano de la apropiación y de la venta. No podían subsistir regímenes jurídicos diferenciados.

Construir una administración pública dotada de autoridad, en contra del sesgo hereditario y venal del Antiguo Régimen, es también una aspiración revolucionaria. Acceder a aquella por méritos y talentos y no por tradición aristocrática o por la fuerza de la riqueza, es asegurar la igualdad formal. Ambos reclaman los principios individualistas de la revolución, en clara relación con la Declaración de Derechos de 1789 para construir un modelo de relaciones políticas y sociales fundado en la unidad del sujeto de derecho. (FIORAVANTI, 2000, p. 109)

7 Para neutralizar la actividad arbitraria del Estado la doctrina encontró en el Derecho Administrativo su fundamento, exigiéndoles a las autoridades públicas la motivación de los actos que dicten, y expresen como fundamentos las razones de hecho y de derecho que les dan sustento. El Derecho Público prohíbe a los órganos estatales toda conducta injustificada, irrazonable, infundada y sin motivación.

Los derechos ya no son tutelados por la Constitución, en su lugar aparece la idea de la certeza del derecho, garantizada por el Código Civil y por la ley, por el derecho positivo del Estado. (FIO-RAVANTI, 2000, p. 110)

Dice ZAGREBELSKY que el Estado de Derecho en principio, alude a un valor que es el de la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal y que afecta a los ciudadanos; la dirección de este Estado es la inversión de la relación entre poder y derecho, que constituía la quintaesencia del *Machtstaat* y del *Polizeistaat*: no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem*. El Estado Constitucional es una versión particular del Estado de Derecho, pero no es aconsejable tomarlo como su continuidad histórica. (ZAGREBELSKY, 1999, pp. 21, 22)

La fórmula de “Estado de Derecho” fue acuñada originalmente para expresar el “Estado de razón” o Estado gobernado según la voluntad general de razón y orientado sólo a la consecución del mayor “*bien general*”, idea totalmente acorde con el Estado de despotismo ilustrado. Por lo tanto, el calificativo de “Estado de Derecho” se podía aplicar a cualquier situación en la cual se excluyese, en principio, la eventual arbitrariedad pública y privada y se garantizase el respeto a la ley, cualquiera que ésta fuese. Se vacía la fórmula desde un punto de vista político-constitucional de funciones y fines del Estado y de la naturaleza de la ley.

Las constituciones son ahora sólo la organización del poder estatal. El estatismo liberal pone a la ley del Estado en la cumbre del sistema de fuentes y reduce el ámbito de la Constitución al diseño institucional, a la organización de los poderes públicos. La Declaración de 1789 pasa a ser un manifiesto programático que poco tiene que ver con el derecho positivo estatal, que es el que los jueces cotidianamente aplican. En tal sentido los derechos humanos enumerados y declarados en 1789, se convierten sólo en tolerancias, en consecuencia pueden ser revocados o directamente no reglamentados legalmente, convirtiéndolos en fantasmas de sí mis-

mos. Permanecen en el Parnaso del ordenamiento jurídico pero no son operativos en tanto no reconocidos positivamente o sólo mientras lo sean.

El derecho de la Administración pública se emancipa en forma similar de la Constitución, se convierte en un sistema cerrado y autosuficiente, dotado de propias y específicas instituciones y principios generales, elaborados por la ciencia jurídica, convirtiéndose en un derecho basado en sí mismo que desconfa de una legitimación de orden constitucional. Va ganando terreno una interpretación del derecho administrativo de impronta estatalista.

La administración representa en el nivel más alto la potestad originaria y soberana de Estado, que no tolera la intromisión de normas que provengan fuera de él. No puede admitirse por una parte, que el Estado como administración se someta con su autoridad al régimen jurídico civil ordinario, o que sea llamado a juicio como cualquier particular, y por otra, que toda la vida del Estado, cuando actúa cotidianamente como administración, esté influenciada constantemente por los cambios del orden constitucional. “El Estado de Derecho es el Estado capaz de imponer su Derecho a todas las fuerzas particulares que actúan en la sociedad y el pueblo”. Los juristas del siglo XIX fundan los derechos individuales sobre un acto soberano de autolimitación del Estado, ya no hay que buscar un fundamento extra-positivo. La soberanía del Estado de Derecho transformada por la doctrina de los juristas mencionados en relación con las libertades podría enunciarse según FIORAVANTI de esta manera: “En el Estado liberal de Derecho decimonónico, la amplitud de las libertades civiles, “las negativas”, así como las formas de garantía de estas libertades dependen de un acto de autolimitación del Estado soberano; y las libertades políticas, “las positivas”, dependen de un acto de soberanía del Estado, que llama a los individuos-electores a desarrollar una función pública, es decir, a designar a la clase política dirigente” Se debe admitir que exis-

te ahora un solo derecho fundamental, el de ser tratado conforme a las leyes del Estado. (FIORAVANTI, 2000, pp. 119, 120)

Pero entonces ¿cómo hacer para distinguir al Estado liberal de Derecho del Estado despótico? Ya que la plena vigencia del imperio de la ley, con el sistema de fuentes que implica -ley posterior deroga ley anterior-, sumada a la soberanía del Estado, posibilita que lo que la ley había hoy concedido, mañana podía ser quitado.

Los juristas, en búsqueda de un límite, recurren al modelo historicista, es allí que aparece la *nación* como realidad histórica-natural, es decir, como un dato objetivo estructurado por la misma historia, en consecuencia no puede ser presa de los sujetos políticamente activos, de los partidos vencedores de turno. El desarrollo histórico de la *Nación* se convierte en el límite del arbitrio de los poderes constituidos. Esta construcción estalla en Europa con el advenimiento de los partidos de masas, luego de la primera guerra mundial, ya no son los individuos capaces y racionales llamados por el Estado a designar la clase política. La ley aparece como el fruto de la voluntad política de una mayoría vencedora que nada tiene que ver ya con la unidad histórica de la Nación. (FIORAVANTI, 2000, p. 24)

La competencia entre sujetos distintos, entre partidos, individuos, grupos, intereses, por la conquista del poder político, por la determinación de la dirección política dominante, terminará cambiando los equilibrios de la sociedad, lo que traerá como consecuencia que cada vez sea más difícil reconocer en el legislador el espejo fiel de la nación y de su historia. Entonces la Constitución en sus dos sentidos, como norma directiva fundamental y como norma fundamental de garantías de la época revolucionaria volverá a vencer.

Así las cosas la Constitución es lo único que queda de la voluntad soberana como el único medio válido para controlar el poder de los gobernantes. Los fines de la soberanía consisten en su capacidad de hacer la Constitución. La Constitución es el medio

de limitar el poder; al crear una Constitución y erigir los poderes constituidos sometidos a reglas jurídicas, realiza los fines cuya realización legitima su propia labor: organizar los principios del Estado Constitucional. ¿Cuáles son esos principios? Son los principios de la democracia, el de la distribución de poderes y los derechos humanos.

¿Cómo se realiza el principio democrático? ¿El consentimiento de todos a la Constitución es necesario para legitimarla? La doctrina está conteste en el rechazo hacia la unanimidad, entonces juega la regla de la mayoría. La regla de la mayoría en tanto regla procedimental para garantizar la libertad y existencia de las minorías. Martin Kriele desarrolla un interesante esquema de los problemas del Estado de Derecho que han de desembocar en el moderno Estado Constitucional democrático. Este esquema desenvuelve una serie lógica de gradas del Estado,

Estado de legalidad formal, como aquel Estado que se auto-obliga a sí mismo mediante regulaciones generales y abstractas,

Estado de Derecho material, aquel que se ocupa de las garantías de la justicia material, la libertad y el aspecto social de las regulaciones generales y abstractas, y la introducción de la *equidad*, así como la admisión de la creación del Derecho *praeter* y *contra legem*;

Estado de Derecho procesal, que pone el acento en el control judicial del ordenamiento formal y material;

Estado constitucional con división de poderes, independencia de los jueces, el principio de reserva de ley, en particular para la libertad y la propiedad;

Estado Constitucional parlamentario, las prerrogativas en esta grada las tiene un parlamento fruto de elecciones periódicas, que son en especial la de dictar la ley y su supremacía sobre otra fuente de Derecho, la de dictar el presupuesto y controlar al gobierno. Es una secuencia lógica y no histórica, en tanto gradas superiores han aparecido históricamente antes que las inferiores. (KRIELE, 1980, pp. 139, 14)

Como consecuencia de la presencia en el Estado de Derecho de un soberano, sea el legislador, el pueblo, la Nación; las Constituciones eran en principio revocables y modificables, el poder constituyente precedía a la Constitución.

Así, la categoría Estado Constitucional que aparece en la Europa de la segunda posguerra no es una continuación de las gradas expuestas anteriormente. Este Estado es un Estado sin soberano, si hay soberanía no existe el Estado Constitucional. ¿Qué quiere decir esta afirmación? Que en este tipo de Estado no hay nadie que pueda arrogarse el poder indiviso, incondicionado, ilimitado, que pueda violar y crear el derecho. (NINO, 1992) En este Estado sólo existen competencias atribuidas jurídicamente, y sólo en él los Derechos Humanos valen como Derechos, y no como tolerancias de un soberano.

Según Heller la soberanía “es la capacidad jurídica y fáctica de decidir cualquier conflicto que altera la unidad de la colaboración social en un territorio dado, en caso necesario aún en contra del derecho positivo”. (HELLER, 1947, p. 271) Sin embargo, si el derecho positivo contiene una autorización para dejar de lado provisoriamente algunas normas, estamos frente a una capacidad jurídica, pero si se decide en contra del Derecho positivo no habiendo autorización, no estamos frente a una capacidad jurídica, sino frente a la fuerza fáctica que podrá calificarse según el caso, de delito, golpe de Estado, revolución, etc.

La constitución democrática del siglo XX ha tomado de SCHMITT la idea de poder constituyente del pueblo soberano, que en ella aparece como unidad política capaz de decidir sobre su propio futuro. Del filón representado por Kelsen ha tomado la idea del pluralismo político y social, según el cual, la constitución es democrática, sobre todo porque no permite a nadie ocupar la totalidad del espacio de acción dentro del cual se mueven las fuerzas sociales y políticas, porque empuja a estas mismas fuerzas al diálogo,

al compromiso, al recíproco y pacífico reconocimiento. (FIORAVANTI, 2001, p. 161)

Desde ese momento en adelante, la vida de la constitución democrática se desarrolla en aras de su actuación, en aras de la necesaria solidaridad entre los poderes constituidos y entre las fuerzas sociales y políticas en el proceso de realización de sus contenidos normativos.

Existe una neta separación entre el Estado Constitucional (o Estado de Derecho en el significado actual) y el Estado de Derecho en la forma que se adoptó en la Europa del siglo XIX prolongándose hasta la última Gran Guerra. En el Estado liberal decimonónico operó un desplazamiento de la supremacía constitucional por la soberanía estatal, de la Constitución por la ley, anulando cualquier fórmula efectiva de control de constitucionalidad.

La superioridad de la ley como expresión de la Razón, había sido ya pregonado por autores clásicos del Iluminismo⁸, esta superioridad significaba sobre todo pocas, sabias y duraderas leyes, no sujetas a la voluntad cambiante del legislador, ya que era la razón y no la autoridad quien las hacía. Entonces, las Constituciones no eran otra cosa que un modelo a seguir, una aspiración pero no catálogos de derechos, como sí lo fueron las primeras Constituciones escritas de los Estados particulares americanos. (KRIELE, 1980, pp. 209,220)

La ley fue perdiendo ese carácter mítico, ya que precisamente, la práctica jurídica del Estado de Derecho se caracterizó por la extensión de la normatividad a áreas antes excluidas, como consecuencia de la complejidad cada vez mayor de la sociedad y la lucha de grupos para obtener el reconocimiento jurídico de sus intereses y la transformación del Estado liberal de Derecho en el Estado Social.

8 Así, Locke, Diderot, Voltaire, Rousseau, Beccaria

Además, tres grandes valores del Estado de Derecho, la seguridad jurídica, la libertad y la igualdad formal, se fueron deteriorando como producto de esta multiplicación de las normas.

La seguridad jurídica cede ante la incerteza, ya no hay reglas sencillas para ordenar la vida social; la igualdad formal se ve complicada por la naturaleza particular de las normas jurídicas, y la ley es vista hoy no como la guardiana de la libertad, sino más bien como un peligro para ella. En el lugar de la ley, entonces aparece el imperio de la Constitución, PRIETO SANCHÍS evocando a ELÍAS DÍAZ (“no todo Estado es Estado de Derecho”) afirma que, “no todo sistema jurídico dotado de un texto más o menos solemne llamado Constitución o Ley fundamental es un Estado Constitucional” (PRIETO SANCHÍS, 1998, p. 31)

Hoy la Constitución no ha venido simplemente a ocupar el lugar de la ley, sino a diseñar un modelo de producción normativo notablemente más complejo, donde todos los jueces encuentran, no un orden jurídico unívoco, sino orientaciones de sentido conflictivo que exigen ponderación. Cabe decir que en las sociedades actuales el pluralismo ideológico ha reemplazado al monismo del Estado liberal de Derecho, y ello tiene su reflejo normativo en la Constitución.

Así pues, la Constitución no es sólo una “súper ley”, sino algo distinto donde podemos encontrar directivas de actuación de sentido contradictorios, entre otras cosas porque su carácter pactista o de consenso ha incorporado aspiraciones de distintas procedencias que, sin embargo, han de convivir y armonizarse.

Las leyes devienen en un carácter contradictorio, como consecuencia del pluralismo social y además de un pluralismo de órdenes secundarios que no siempre aceptan una posición de segundo plano. La estabilidad del Derecho, que fue una premisa del positivismo del siglo XIX, está en tela de juicio.

Los principios de generalidad y abstracción de la legislación están en crisis. Las leyes y otras fuentes no constituyen un ordena-

miento de por sí, la crisis de la idea del Código es la manifestación más clara de la crisis del principio de legalidad, así como la incorporación de normas y competencias internacionales. Este punto se retomará más adelante al dar cuenta de la crisis del concepto “*interés general*”.

La doctrina jurídica liberal democrática está conteste en sostener que, el Estado Constitucional Democrático crea las situaciones reales relativamente más favorables para la paz, la libertad y la justicia; constituyéndose estos principios en la base de la legitimidad de este tipo de Estado (KRIELE, 1980, p. 2, 3). El Derecho se identificaba con “una técnica de control social compuesta por un conjunto de normas públicas que forman un conjunto unitario y coherente y están apoyadas en el poder soberano del Estado ejercido a través de una separación funcional de sus órganos” (ROIG, 1999, pp. 223, 224). Esta es la concepción del Derecho de lo que ASÍS ROIG llama posición funcionalista, y que pone el acento en la asignación de funciones “y exigencias en el desempeño de ellas, que en un sentido mínimo y general, implican la sujeción al Derecho y, en el caso del poder judicial, a la imparcialidad” Los rasgos propios del Derecho Moderno son los requisitos de unidad y coherencia y luego entonces se atribuye al Estado la función de determinar la coherencia o incoherencia del Derecho.

Sin embargo, el esfuerzo doctrinario para conjugar la libertad y la justicia, nunca se resuelve si no es en una paradójal y provisoria construcción de equilibrios y reequilibrios constantes. Vuelve a aparecer el problema de la legitimidad ya que el principio legitimador del Estado liberal de Derecho ya no es suficiente. Por añadidura el Estado ve horadado su poder jurídico por la aparición de órdenes jurídicos no estatales, tanto interna como internacionalmente.

Así, para garantizar los principios de libertad y justicia, y asegurar su legitimidad, el Estado Constitucional se halla ante un dilema casi insoluble: por un lado, debe ser más poderoso que todas las

fuerzas sociales del país—por ejemplo, empresas y sindicatos—; por el otro, debe otorgar protección segura para el desarrollo, limitando su accionar, al más débil, a la oposición, a los artistas, a los sectarios, a los intelectuales, a las minorías étnicas, etc. (KRIELE, 1980, p. 150) La manera que tiene el Estado Constitucional de convivir con ese dilema es precisamente la dispersión o directamente la supresión de la soberanía.

Para ZAGREBELSKY la novedad del Estado Constitucional es que afecta la posición de la ley. La ley, en la actual Europa Occidental, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por lo tanto de subordinación a un estrato más alto de Derecho establecido por la Constitución.

El Estado Constitucional para este autor no es una continuación o superación del Estado de Derecho decimonónico; se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del Derecho. El Estado Constitucional actual es ante todo la separación entre los distintos aspectos o componentes del Derecho, que en el Estado de Derecho del siglo XIX estaban unificados o “reducidos” a la ley. (ZAGREBELSKY, 1999, pp. 39, 40)

Así es que las Constituciones modernas han dado lugar a una serie de principios y valores que son contradictorios. Según ZAGREBELSKY “La coexistencia de valores y principios, sobre los que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir.

Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental).⁹ Principios y valores que ya

9 (SARTORI, 1990). Sartori en Teoría de la Democracia dice que de los tres niveles que tiene el consenso 1) el consenso básico sobre los valores en la

no cumplen la función de cubrir lagunas sino que se aplican siempre.

Anteriormente se decía que los principios cumplían una función de orientación política, pero esto se deja de lado cuando se le reconoce valor normativo a la Constitución. No es ella un mero catálogo de principios, sus preceptos son alegables ante los tribunales. ¿Quién y cómo garantiza el cumplimiento de los principios y de las reglas estipulados en la Constitución? Deben existir garantías que aseguren su cumplimiento. La verdadera eficacia de la Constitución depende de la planificación de sus propias garantías.

El reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución produce como consecuencia la aplicación de las normas constitucionales. Para CANOSA USERA esto significa hacer valer los contenidos de la Constitución en la mayor medida posible, para regular con ellos la entera actividad del Estado y de los ciudadanos. Entonces la interpretación pone al día cualquier disposición normativa, ya que los preceptos de la Constitución reciben actualización del intérprete por medio de una vivificación constante del sentido normativo del precepto constitucional de que se trate.

Esta actualización se produce siempre con motivo de un litigio concreto que requiere la atención del tribunal. En consecuencia

sociedad política consenso que facilita la democracia 2) consenso procedimental y 3) el consenso sobre la acción política y los gobiernos; el que es pp. 122,123, 124, 125, 126. En el mismo sentido que Sartori, Bernard Crick sostiene como fundamental el consenso procedimental. “El consenso no es un aglutinador espiritual sistemático, externo o intangible, un adhesivo metafísico ni algo misteriosamente previo a la política o por encima de ella; es la actividad política en sí misma”. “Donde sí parece necesario un consenso sistemático y articulado es en la autocracia. Un gobierno cuya legitimidad no se basa en la adhesión pública a los métodos, los medios, los procedimientos y la participación necesita difundir un mito de consenso único, verdadero y esencial, algo así como una causa “causa y finalidad” teleológica de la sociedad.” Crick advierte sin embargo que no objeta la consideración de que el consenso consista en un alto grado de concordancia de valores sociales, pero que de ser así probablemente sea un producto de la política y no una condición de su existencia. (CRICK, 2001, pp. 199, 200).

cada caso resuelto produce una regla de derecho que tiene encaje en el conjunto del ordenamiento y, por consiguiente, la sentencia se erige en una indudable fuente del Derecho.

La Constitución, entendiendo a ésta como norma en la cual se encuentran plasmados los principios y valores de la sociedad a la cual debe regir, ya que, como se sabe, la misma es producto de un pacto social determinado, que funcionará a su vez como límite de la actividad interpretativa, vale decir que el intérprete no debe rebasar las posibilidades que le ofrece el texto por encima del texto mismo. (CANOSA USERA, 1998, pp. 5, 6)

La finalidad del Estado Constitucional es pues, el de asegurar la libertad y la dignidad humanas, entonces, el sistema político democrático se legitima porque es el mejor mecanismo para el funcionamiento de la Constitución, en consecuencia, el que mejor protege los derechos fundamentales. El concepto finalista de la validez de la Constitución debe necesariamente entonces incluir la legitimidad. Por lo tanto, el reconocimiento de los Derechos Humanos, es incluso vinculante para el poder constituyente.

En el mismo sentido LIFANTE VIDAL coincide cuando argumentando sobre el concepto “discrecionalidad jurídica” sostiene que, si en principio este ámbito de libertad funciona sin límites para el Legislativo el que era *soberano* y en tanto esta atribución hacía imposible la aplicación del concepto de discrecionalidad, con el Estado Constitucional, se replantean los roles que juegan el Poder Legislativo y el poder Judicial. Si la Constitución es hoy fuente de derecho, y, “penetra en el razonamiento jurídico ordinario, entonces habrá que aceptar la existencia de límites a la potestad legislativa; límites que vienen establecidos por las normas constitucionales, de modo que la actividad legislativa ya no puede seguir considerándose como completamente soberana.” (LINFANTE VIDAL, 2002, p. 415)

La Constitución es, desde luego, el germen mismo de reordenación del sistema jurídico, que sólo puede producirse desde

principios y valores constitucionales. Pero la Constitución no es un cuerpo dogmático cerrado en sí mismo, que se impone como verdad revelada y única sobre el resto de los operadores jurídicos, sino el resultado de un proceso de conciliación de intereses que se desarrolla y que se extiende para renovar, de manera constante dicha conciliación, y así lograr la pacificación social. (PRIETO SANCHIS, 1998, pp. 33, 39)¹⁰. Sin embargo, la idea de la Constitución como norma jurídica lleva al problema del rol del Poder Judicial como guardián de la Constitución, sea en los sistemas de control de constitucionalidad difuso o en los que existe justicia constitucional. El problema se centra en el carácter contramayoritario de este Poder del Estado como ha sido claramente descrito por GARGARELLA.¹¹

La descripción del Estado Constitucional que se despliega presupone “la normalidad”, no hay problema importante de legitimidad en él. Sin embargo, crecientemente, la legislación derivada del Estado Constitucional y de su necesidad de legitimación, expresa un desorden al que sólo se puede poner remedio *ex post ipso*. Esto lleva a que la Constitución cumpla el papel de ordenar y estructurar el consenso social y así, mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior, complejas e inmersas en una profunda crisis de sentido. (ZAGREBELSKY, 1999, p. 40)

10 Si la ley era la expresión del interés general, éste en la actualidad, carece de un contenido preciso y constante, y su función es más la de evocación en la vida política y social, aún cuando no por ello deja de cumplir una función jurídica precisable. Parejo Alfonso, Luciano “Eficacia y Administración” Instituto Nacional de Administración Pública Boletín Oficial del Estado Madrid, 1995 pp. 30,31

11 Gargarella, Roberto “La justicia frente al gobierno” Ariel, Barcelona 1996, “Nos los representantes” Ciepp Miño y Dávila Buenos Aires, 1995 también Prieto Sanchis Ob.cit. pp. 40 y ss, “es el precio a pagar para mantener un sistema jurídico coronado por una Constitución como norma jurídica, ese precio es el de dar la última palabra a los jueces”

3. De la Modernidad a la Globalización

El *Estado constitucional* es realidad histórica, susceptible de ser superada. Ahora bien, *Estado* y *Constitución* no son insolubles, y ofrecen perspectivas bien distintas a la hora de analizar los procesos políticos pudiendo ser afectados por la *globalización* diferenciadamente. Así, parecen hoy diluirse rasgos esenciales del *Estado*; la globalización se presenta como un riesgo para la soberanía.

La Constitución se ve afectada por la incorporación a ella, con el mismo rango, de Tratados y Pactos Internacionales, así como la sujeción a jurisdicciones internacionales. El Estado también ve afectada su soberanía por aquella inclusión, pero además la globalización ha neutralizado, por lo menos, su capacidad de control sobre las comunicaciones, el flujo de capital financiero, el efecto de los daños ambientales, los flujos migratorios, etc.

Como señala de Sousa Santos, el paradigma de la modernidad “es muy rico y complejo, tan capaz de una inmensa variabilidad como propenso a desarrollos contradictorios” (SOUSA SANTOS, 2003, p. 13 y ss). El punto de lanzamiento de la Modernidad fue la Revolución Francesa, las principales categorías modernas ya están presentes, aún como potencialidades. El Derecho y la Ciencia tienen como tarea la *racionalización* del Estado y de la sociedad¹².

Este paradigma tan rico y complejo, se asienta en dos pilares: el de la regulación y el de la emancipación. La regulación está constituida por el principio del Estado, la obligación política vertical entre ciudadanos y Estado (HOBBS), por el del Mercado, la obligación política horizontal individualista y antagónica entre los

12 Asís Roig, p. 222: “...entre las características que sirven para entender el Derecho en la Modernidad, destaca la de la publicidad, que tiene que ver, por otro lado, con la idea de la emisión de los mandatos y su conocimiento. Pero además, no hay que pasar por alto que el Derecho de la modernidad es un Derecho racional, entre cuyas notas están también esas exigencias de unidad y coherencia. Por otro lado, existen al menos dos características del Derecho moderno...y que se proyectan sobre sus normas. Se trata de la exigencia de generalidad y claridad”

que participan en él (Locke y Adam Smith) y por el de la comunidad, la obligación política horizontal solidaria entre los miembros de la comunidad entre las asociaciones (ROUSSEAU).

La emancipación en tanto está compuesta por “las tres lógicas de la racionalidad definidas por Weber, la estético-expresiva de las artes y de la literatura, la cognitivo-instrumental de la ciencia y la tecnología, que en la actualidad, invisibiliza sus paradigmas y axiomas fundantes, en función de la eficiencia que los naturaliza, y la moral-práctica de la ética y el derecho”.

Emancipación y regulación en una tensión dinámica constituyen la base del paradigma revolucionario de la Modernidad. Sin embargo, a mediados del siglo XIX la convergencia de la modernidad con el capitalismo produjo que aquella tensión entrase en un largo proceso de degradación, y el engrandecimiento de la regulación en detrimento de la emancipación. (SOUSA SANTOS, 2003, pp. 13, 52, 53).

Una de las promesas de la Modernidad fue la de idea de la estabilidad y el progreso indefinido. La principal empresa de la dinámica de la modernidad, es la justicia dinámica... La afirmación que reivindica a la justicia dinámica es la siguiente: “este (orden) es injusto- debería ser reemplazado por otro alternativo, que fuera más justo o perfectamente justo”.

La justicia dinámica se generaliza de tres formas,

1. Ninguna institución se encuentra fuera de los límites, todas y cada una de ellas pueden someterse a prueba y ser consideradas injustas o injustificadas.
2. Todo el mundo puede entablar una demanda de deslegitimación.
3. Todos los argumentos que se pueden tener a favor de una alternativa recurren a la libertad y a la vida como valores generales (universales). La justicia dinámica es la mejor ejemplificación del carácter dialéctico del orden moderno. (HELLER; FEHER, 1994, pp. 135, 136)

Así, aparecen dos partes, una ataca la institución, la otra la defiende, es el mejor ejemplo del carácter dialéctico de la Modernidad, ésta no puede existir sin la dinámica, sin la posibilidad de la negación¹³.

Pero la Modernidad, así como la democracia, incumplió varias de sus promesas, o las cumplió en exceso, o se encontró con cursos de acción no previstos.

Una de las promesas era la plena libertad individual. Sin embargo, ¿en qué consiste la libertad?, para Kelsen la libertad social consiste, en el sometimiento a normas que el mismo individuo obligado a obedecerlas ha participado en su elaboración, es decir son expresión de su voluntad, consistiría precisamente en la *autonomía*. El mismo autor devela ciertas ficciones en el funcionamiento de las democracias modernas, que esconden que en realidad en ellas reina la *heteronomía*.

Es decir, si la democracia se basa en el postulado de la obediencia a normas a cuya elaboración el individuo ha contribuido, entonces, a pesar de someterse a obedecerlas, como le son autónomas, conserva la libertad, sólo se obedece a sí mismo. Si, en cambio, su voluntad no se expresa, o no puede ser expresada, o es diferente a la voluntad del Estado –minorías–, o habiendo coincidido con la mayoría ha cambiado de opinión, la libertad queda aniquilada, ya que las normas le son heterónomas.

Una primera ficción que Kelsen devela, es la de la personalidad anónima del Estado, que permite atribuirle las mismas facultades que a los individuos y aseverar entonces que se es libre en tanto ciudadano de un Estado libre, además el anonimato de esta perso-

13 Dialéctica en el sentido hegeliano. Interpreto que Sousa considera que el encuentro de la modernidad con el capitalismo desarrolló de aquella el lado malo. En la excavación de aquello que la modernidad desechó como basura cultural producida, se puedan encontrar otras relaciones más recíprocas e igualitarias. Sousa Santos, Ob.cit. p. 17

na estatal esconde el dominio de hombres sobre hombres siempre repugnante a la conciencia humana.

Entonces, la formación indirecta de la voluntad del Estado a través del Parlamento, considerado como el lugarteniente del pueblo, conlleva para este autor otra ficción la de la representación, es la ilusión de que el representante hace presente al ausente, más como los representantes tienen mandato libre y no imperativo, la voluntad del representado no siempre ha de coincidir con la del representante.

Además, el Parlamento en la visión kelseniana es un escenario de transacción de intereses, CRICK coincide en este punto con KELSEN al considerar que la política consiste en la actividad de conciliar “intereses divergentes en la medida de lo posible.

Concluye Kelsen que la democracia sólo hace libres a la mayor cantidad de hombres posible mediante el principio de la mayoría absoluta, de esta manera se garantiza que haya mayor cantidad de voluntades favorables que adversas a la voluntad del Estado.

El pueblo es el supuesto sujeto del poder en la democracia, concibiendo a ésta como una forma de Estado o de Sociedad en la que “la voluntad colectiva, o más exactamente el orden social, resulta engendrado por los sujetos a él, esto es, por el pueblo”.

Sin embargo, esta unidad del pueblo no es tal sino ideológicamente, como coincidencia de pensamientos, sentimientos y voluntades y como solidaridad de intereses, es “un postulado ético-político afirmado por la ideología nacional o estatal mediante una ficción generalmente empleada y, por ende, no sometida a revisión”. Pero, según el criterio sociológico, fraccionado por diferencias nacionales, religiosas y económicas, representa más bien una aglomeración de grupos que una masa compacta de naturaleza homogénea.

Entonces, el concepto de pueblo para la democracia, sólo puede ser descripto como unidad de ordenación jurídica del Esta-

do reguladora de la conducta de los hombres sujetos a ella” (KELSEN, 1933, pp. 16, 17, 19, 23, 27, 30, 48-56)

Este intento de KELSEN de preservar la libertad en un sistema Parlamentario representativo, no parece tener una lógica coherente, ya que como él mismo reconoce, basa su defensa en recortes, en ficciones, imposibilidades y tradiciones.

También RAWLS acerca de la justicia política en una sociedad democrática, para definir el liberalismo político plantea los siguientes interrogantes:

1. “¿cuál es la más apropiada concepción de la justicia para especificar los términos justos de la cooperación social entre ciudadanos considerados libres e iguales, miembros de una sociedad con la que cooperan plenamente durante toda una vida, de una generación a la siguiente?”
2. “¿cuáles son los fundamentos de la tolerancia así entendida, dada la realidad del pluralismo razonable como consecuencia inevitable de instituciones libres?”
3. El tercer interrogante resulta de la combinación de los dos primeros: “¿cómo es posible que exista durante un tiempo prolongado una sociedad justa y estable de ciudadanos libres e iguales, los cuales permanecen profundamente divididos por doctrinas razonables, religiosas, filosóficas y morales?” (RAWLS, 2003, p. 29)

Si los hombres luchan por los más altos valores, por lo que más desean, por la religión, por visiones filosóficas acerca del mundo y de la vida, supone el liberalismo político, ¿cómo es posible “la cooperación justa entre ciudadanos libres e iguales?”

RAWLS admite que históricamente se da rara vez esta cooperación, y supone que su concepción de liberalismo político puede dar una solución. Diversas concepciones, muchas veces antagónicas se han desarrollado al interior del pensamiento democrático en los siglos XIX y XX, no hay acuerdo alguno sobre la “forma en que las instituciones básicas de una democracia constitucional

deben ordenarse si han de satisfacer los términos justos de cooperación entre ciudadanos considerados libres e iguales”. (RAWLS, 2003, p. 30)

KELSEN concluye que la esencia de la democracia consiste en hacer libres a la mayor cantidad de hombres posible, siendo instrumentos necesarios e indispensables los partidos políticos, ya que la voluntad individual en la democracia lejos está de poder influir significativamente en las decisiones colectivas. Creemos que la defensa liberal kelseniana de la democracia si bien logra develar los ocultamientos, no es satisfactoria respecto de su mismo objetivo cual es, la defensa de la libertad.

DWORKIN parece coincidir cuando, refutando la idea de que la libertad positiva es un estado de cosas en que *el pueblo* gobierna a sus gobernantes, al menos al final del camino, afirma que, las personas quieren ser gobernadas por un grupo de pertenencia, con el que se pueda identificar de alguna forma, lengua, raza, religión, Estado-nación etc.; todo ello porque las personas piensan que las decisiones de tal grupo serán una decisión mejor para ellas.

En su argumentación DWORKIN concatena una serie de interrogantes, “¿Por qué soy *libre*, cómo puede pensarse que me gobierne a mí mismo?... ¿Cuándo debo obedecer lo que otras personas deciden por mí incluso si pienso que es erróneo o poco inteligente o injusto para mí y mi familia? ¿Qué diferencia puede establecer la cantidad de personas que piense que una decisión es correcta e inteligente y justa si no es necesario que *yo* lo piense? ¿Qué tipo de libertad es ésa?... ¿Qué es lo que puede significar la pertenencia *genuina* a una comunidad política? ¿Y en qué sentido puede ser el acto colectivo de un grupo el acto de cada miembro?” (DWORKIN, 2004, p. 123).

Estos interrogantes son para él morales, la respuesta está en que, la verdadera democracia se basa en la pertenencia moral. Las condiciones democráticas entonces deben lograrse antes de que los procedimientos de la toma de decisiones puedan requerir ven-

taja moral alguna de las mayorías sobre otros procesos colectivos de decisión. “Las condiciones democráticas son las condiciones de pertenencia moral a una comunidad política.” Entonces en el juego de la premisa mayoritaria y la libertad positiva, ésta última se ve fortalecida por la concepción constitucional de la democracia. La idea de autogobierno, de autonomía se puede desarrollar sólo en una comunidad que se integra con las condiciones de pertenencia moral, así podemos decir que el *gobierno del pueblo*, puede ser referido en un sentido fuertemente *comunal*, y no meramente en un registro estadístico de voluntades expresadas en el sufragio. DWORKIN concluye con cuáles son las condiciones de pertenencia moral, afirmando que deben estar presentes dos tipos de condiciones, el primer tipo son las *estructurales*, algunas de éstas son fundamentalmente históricas, es decir la comunidad se ha establecido históricamente, ha definido límites territoriales reconocidos y estables. Admite que otros pueden agregar otras condiciones, tales como que los integrantes de la comunidad compartan una cultura, una historia política, una comunidad de lengua, de valores, etc. El segundo tipo de condiciones son las que denomina *relacionales*, determinan la manera en que debe tratarse a un individuo en una comunidad política para que sea un miembro moral. Y esta manera consiste esencialmente en otorgarle una *parte* de la decisión colectiva, una *participación* en ella e *independencia* frente a ella. Admite la diferencia con respecto a las decisiones colectivas y la magnitud de ésta no debe estar estructuralmente fijada de manera que presuponga algún presupuesto de valor, talento o habilidad o la corrección de su estilo de vida. La libertad de expresión es esencial no sólo en los momentos políticos formales, sino también en la vida informal. Además, el proceso político debe formular alguna noción de buena fe del *igual cuidado* por los intereses de todos. Esto conlleva la idea de *reciprocidad* en el trato, lo que según Dworkin explica una intuición por muchos compartida, la de “que una sociedad en la que la mayoría

muestra despreocupación por las necesidades y perspectivas de alguna minoría es ilegítima e injusta”.

La condición de la independencia, implica la idea de *socios*, la concepción de que los miembros de una comunidad política se miran entre ellos como socios de una empresa común, más allá de que ésta no sea conducida como ellos quisieran. Esto implica el reconocimiento de que, frente a controversias de intereses, acuerdan en que una decisión tenga autoridad frente a todos, debe entonces proveer las condiciones que estimulen a sus miembros a alcanzar creencias sobre valores o ideales respecto de las decisiones colectivas y sus requisitos procedimentales o de fondo, a través de su propia reflexión.

En su defensa de la lectura moral y el control judicial de constitucionalidad como mecanismo adecuado para mejorar la democracia, Dworkin utiliza el óptimo de Pareto, para demostrar que la premisa mayoritaria debe ser abandonada como parámetro esencial de la democracia. Declara que, si la decisión judicial de declarar una norma como inconstitucional es correcta, la decisión es democrática porque ningún costo moral ha sido pagado y porque nadie se encuentra en peores condiciones. Si el tribunal no hubiese intervenido en el caso y aquella norma es válida también es aplicable el óptimo; por supuesto si consideramos que la decisión judicial es incorrecta, no hay duda de que afecta a las condiciones democráticas, pero no en mayor medida de cuando la decisión incorrecta es tomada por la mayoría. En consecuencia, la premisa mayoritaria es confusa, ya que no puede explicar todos los casos y merece según Dworkin ser abandonada.

Respecto de la aplicación de las normas jurídicas, Dworkin da cuentas de un proceso de comunicación *oculto*. Este sería un proceso de comunicación moral, que se oculta por razones de impopularidad, pero que está presente tanto en las decisiones políticas, en las judiciales, o en las estrategias de los abogados. Sostiene que la mayoría de las constituciones modernas establecen derechos

individuales frente al gobierno, en un lenguaje abierto, amplio y abstracto. Propone para interpretar y hacer respetar la constitución una *lectura moral*, lo que quiere decir es que este tipo de lectura plantea que todos, “jueces, abogados y ciudadanos, interpretemos y apliquemos estas cláusulas abstractas con el entendimiento de que se refieren a principios morales sobre la decencia política y la justicia.” De esta manera la moralidad política es incorporada al derecho constitucional. Sin embargo, la moral política es controvertida e incierta, así que se hace imprescindible señalar en el sistema a quién en caso de controversia se le dará autoridad para interpretar. En el sistema norteamericano y en el nacional es el Poder Judicial el autorizado. Los críticos de esta posición sostienen que significa otorgar a los jueces el poder absoluto de imponer sus propias convicciones sobre la moral pública. Dworkin sostiene que además de erróneo, este argumento, en realidad, se practica en forma oculta. Cuando calificamos a los jueces como liberales o como conservadores estamos haciendo una lectura moral, estamos designando diversas visiones de los valores morales centrales constitucionales. La lectura moral no es de ninguna manera una práctica revolucionaria, en su labor diaria, abogados y jueces piensan que la Constitución expresa “exigencias morales abstractas aplicables a casos concretos sólo a través de juicios morales particulares...no tienen otra opción.” Sin embargo, raramente nos encontramos con la admisión abierta de una lectura moral, más aún, si se acercan a ella, retroceden e intentan encontrar otras metáforas para sus prácticas. La reputación de la lectura moral es altamente impopular política e intelectualmente, es rechazada como visión “extrema”. Pero, como deben recurrir a argumentos eufemísticos fracasan al tratar de explicar sus decisiones en forma satisfactoria. Esta mala fama proviene de la distinción crucial entre el derecho y la moral, y la apariencia de la reducción del derecho a la elección de los principios morales por los jueces de una determinada época. Asimismo, es imputada, de imponer a la soberanía popular la voluntad de una

élite, las cuestiones centrales de la moral política que sólo el pueblo tiene derecho a decidir.

La confusión implica tanto a los jueces como a los políticos, ya que éstos últimos no comprenden cuan intensa es la imbricación de la lectura moral en la práctica constitucional. Esto es así, ya que permanece oculta cuando las propias convicciones del juez apoyan una legislación cuya constitucionalidad está puesta en duda. La presencia ubicua de la lectura moral se hace evidente cuando “las convicciones principistas de algún juez, identificadas, sometidas a prueba, y tal vez modificadas por la experiencia y la discusión, apuntan en dirección opuesta, porque, entonces, hacer cumplir la Constitución debe querer decir, para ese juez, *decirle a la mayoría que no puede tener lo que quiere.*” (DWORKIN, 2004, p. 105; cursivas nuestras). Dado el supuesto que la interpretación es neutral y depende de técnicas interpretativas y no de la lectura moral, ha resultado en la percepción de que darle la última palabra al Poder judicial, es convertir a la estructura política en elitista, antipopular, antirrepublicana y antidemocrática. Esta percepción se basa en la creencia de una conexión entre la democracia y la voluntad de la mayoría. Dworkin advierte que la lectura moral es “una estrategia para abogados y jueces que actúan de buena fe, que es todo lo que cualquier estrategia interpretativa puede ser.”

Los que han aceptado que la lectura moral es la correcta, no están dispuestos a dejar en manos de los jueces la última palabra, ella pertenece al pueblo, sin embargo, la experiencia política jurídica norteamericana la excluyó. Este argumento de Dworkin pareciera acercarse a la justificación de los hechos consumados. La segunda posición llamada “estrategia originalista” o de la intención original, no acepta la lectura moral. Los sostenedores del originalismo afirman que la Constitución significa lo que sus redactores esperaron que su texto dijera. Pero, si se adopta esta posición muchas cláusulas constitucionales no podrían ser interpretadas extensivamente para casos a los que los redactores no hubiesen querido

incluir. La segregación racial escolar es un ejemplo claro, ya que la segregación vulnera la igualdad de estatus, pero ciertamente los redactores de la Constitución de los EEUU no tenían la intención de terminar con la segregación escolar. “La estrategia originalista traduciría ese error en derecho constitucional perdurable”.

Ahora bien, ¿qué significa democracia? Si la respuesta común es que significa el gobierno del pueblo, ¿qué alcances tiene esta respuesta? En realidad los teóricos políticos no se han puesto de acuerdo sobre el contenido de lo que realmente la democracia es. Y más allá de las polémicas alrededor de los diseños institucionales, las técnicas electorales, los mecanismos de representación, la distribución del poder entre gobiernos locales, estatales y nacionales, la verdadera disputa discurre alrededor del valor o sentido esencial de la democracia. Los defensores de la premisa mayoritaria sostienen que la esencia de la democracia consiste en los resultados justos del proceso político, es decir, que la decisión obtenida es la que favorece a una mayoría o pluralidad de ciudadanos, “o que hubiera favorecido a esa mayoría si se hubiera tenido la información adecuada y el tiempo suficiente para reflexionar”.

Como explicitaremos más adelante respecto de la legitimación democrática de la Administración, los llamados a decidir deben ser provistos de la información necesaria, reconocidos cuando organizados alrededor de sus intereses, o el mismo poder político debe prever aquellos intereses afectados pero que no se encuentran organizados al momento de la decisión por falta de recursos económicos o políticos, y se los provea para evitar luego la violación sistemática de una decisión normativa o administrativa.

Así, los partidarios de la premisa mayoritaria pueden sostener que aun cuando los individuos tienen significativos derechos individuales que la mayoría debe respetar, tal premisa supone que si el Poder legislativo decide restringir por ejemplo la libertad de expresión, el Poder Judicial nada tiene que decir al respecto. Otra corriente dentro de la premisa mayoritaria, acepta que en algunas

oportunidades la voluntad de la mayoría no debe gobernar. Es decir el juez final respecto de las decisiones que pueden afectar derechos individuales no es la mayoría, que este poder está limitado, y que las decisiones mayoritarias pueden ocasionar un costo moral, y si nos inclinamos por respetar la decisión de la mayoría política, la injusticia permanece.

Si, entonces, no aceptamos la premisa mayoritaria habrá que acudir a otra clase de argumento para sostener el sentido de la democracia. DWORKIN propone una “concepción constitucional de la democracia”, el objetivo determinante es el de que “las decisiones colectivas sean tomadas por instituciones políticas cuya estructura, composición y prácticas traten a todos los miembros de la comunidad como individuos, con igual consideración y respeto”.

Es decir que la democracia descansa en el estatus igual de los ciudadanos. Las condiciones democráticas incluyen claramente la posibilidad de igual trato para ocupar puestos públicos. En este sentido RAWLS, exige en cambio al reconocer las desigualdades económicas y sociales, que los privilegios obtenidos por los ocupantes de los puestos y cargos públicos se vuelquen a favor de los miembros menos beneficiados de la sociedad.

De todas maneras, el tiempo actual (en cual subsisten categorías pertenecientes a la modernidad) ya no puede ser explicado de tal manera. El principio del mercado se ha convertido en hegemónico, “en el sentido de ser capaz de generar un *surplus* de significado que se vierte sobre el principio del Estado y el principio de la comunidad y trata de colonizarlos”. (SOUSA SANTOS, 1989, p. 233)

Asistimos a un trágico crecimiento de los mercados mundiales que trae aparejada la aparición de sistemas de producción universales y compañías multinacionales, “que socavan la capacidad del Estado para regular el mercado a un nivel nacional”. Como deplorables consecuencias podemos señalar entre otras, la flexibilidad laboral, precariedad de las conquistas corporativistas del Estado de

Bienestar, pérdida de capacidad de negociación de los sindicatos, incremento de la diferenciación interna de la clase trabajadora y la terrible expansión de los servicios, todas estas situaciones han impedido la transformación de las prácticas de clase en políticas de clase. El concepto de reforma social triunfó sobre el de revolución, y significó en la práctica, una transformación pacífica e incompleta por medio de leyes abstractas y universales promulgadas por el Estado¹⁴. Sin embargo, la forma jurídica liberal se ha topado con sus límites, y ha demostrado ser totalmente inútil para orientar algunos de los problemas más serios de nuestra época, desde los accidentes nucleares, desastres ecológicos, al SIDA¹⁵.

El mismo Estado parece ser ya una obsoleta unidad de análisis, es más débil externamente, menos eficiente internamente, y se ha convertido paradójicamente en más autoritario, actuando a través de burocracias mal integradas, e impregnado por los otros dos principios parece estar batiéndose en retirada, sin embargo este “Estado Dormido” no necesariamente ha de finalizar en su muerte, más bien se abre en el escenario internacional actual, un debate político que posibilite un lugar para un Estado de bienestar más inteligente y particularizado, una articulación entre Estado y sociedad de bienestar.

Se persiste todavía en tratar de explicar la transición paradigmática con las categorías de la Modernidad, pero éstas resultan insuficientes, el ejemplo paradigmático es el de la soberanía.

14 SOUSA SANTOS, 1989, p. 236: “La juridificación o hiperlegalización de la realidad social produjo relaciones sociales estandarizadas, es decir, produjo hábitos sociales unidimensionales de masa, y el empobrecimiento social de las clases populares hizo posible que fuera realizado, a través de la transformación de ciudadanos autónomos en clientes o incluso en víctimas de los estados burocráticos cada vez más autoritarios”.

15 SOUSA SANTOS, 1989, p. 239: “El principio de la comunidad ha resurgido con “la aparición de nuevos espacios antagonistas que proponen nuevos programas sociopostmaterialistas y políticas (paz, ecología, igualdad sexual y racial) que han de ser realizados por nuevos grupos insurgentes y movimientos sociales”

Todavía subsiste la noción decimonónica de la soberanía, entendida como algo absoluto cuando en la actualidad este concepto se ha estado diluyendo o disolviendo paulatinamente y se entiende que en muchos aspectos ella no puede ya aplicarse como antes. “Como ha remarcado ERWIN LASZLO: no importa cuán natural pueda parecer esa inquebrantable adhesión a la soberanía nacional, ella no está inscrita ni en las leyes de la sociedad ni en las de la naturaleza.” Es un producto histórico, y debe pasar a la historia, cuando la era que la ha producido haya pasado, es el síntoma del mercado dentro del Estado. “O como lo ha señalado SHIMON PERES: que el concepto de soberanía, que fue introducido en el siglo XVI, ha perdido mucho de su significado porque estamos en vías de pasar de estados a comunidades económicas”. (Grün:2001/2002:119,121)

En otra posición aparecen DE SOUSA SANTOS Y VALLESPÍN sosteniendo que el Estado sigue siendo de todas maneras la arena donde la política se desarrolla.¹⁶

16 MORA CASTRO, Eduardo Profesor ULACIT *Globalización y Estado Nación Apuntes para las II Jornadas Universitarias de Derecho*. Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología. 28 de noviembre de 2003. Revista Rhombus N° 1 diciembre 2004. “Llamaremos globalización a la intensificación de las relaciones económicas, políticas y culturales a través de las fronteras”. Sus causales son básicamente científicas y tecnológicas, y si bien puede ser descrito como un proceso histórico continuo, el concepto que se plantea hoy como globalización responde más a la percepción económica y comercial del concepto que a los alcances políticos, culturales y jurídicos del mismo. Debemos dejar claro, como ya lo han hecho otros autores, que no estamos en presencia de un fenómeno novedoso: Solamente en los últimos cinco siglos el cambio tecnológico ha reducido progresivamente las barreras de la integración internacional. Si bien es posible plantear diferentes momentos históricos que prueban la existencia de la globalización como fenómeno de la sociedad mundial, quisiera referirme al proceso *globalizante* (si es que existe ese término) que vive nuestra sociedad posmoderna; el cual puede ser ubicado mi criterio a partir del final de la década de 1981 a 1990 y cuyo banderazo inicial lo da sin duda la dismantelación del denominado hasta ese entonces *Segundo Mundo*, integrado por la Unión Soviética y sus países satélites”. GRÜN, Ernesto, “La Globalización del Derecho: un fenómeno sistémico y cibernético” Abeledo Perrot Buenos Aires, 1995. “La globalización ha sido definida como el proceso de desnacionalización de los mercados, las leyes y la política en el sentido de interrelacionar pueblos e individuos por el bien común. Aunque puede ser discutible que ello lleve al bien común”.

La doctrina está conteste en sostener que el derecho internacional se transforma rápidamente y asume una función creciente y dominante sobre los sistemas jurídicos nacionales, a su vez éstos se interrelacionan cada vez más entre sí y con sistemas jurídicos internacionales de diversa envergadura, que se orientan rápidamente a constituir un sistema jurídico mundial. “De la noción del derecho internacional como un “derecho primitivo”, expresado a través de la “*comitas gentium*” (cortesía internacional) y el principio de “*pacta sunt servanda*”, (los pactos deben ser cumplidos) en pocos decenios se ha pasado a organizaciones complejas y estructuradas como las Naciones Unidas, la Comunidad Europea, la Organización de los Estados Americanos, el Mercosur, etc. Estructuras jurídicas que poseen inclusive tribunales con “imperium” no solamente sobre los Estados Nacionales, con diversa intensidad, sino aún sobre los sujetos de derecho (personas físicas y jurídicas) de esos Estados. Esto se ve claramente en Europa y en la reforma constitucional argentina (1994), a través de diversas normas y en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia”

En este escenario tan brevemente pincelado es importante focalizar la mirada sobre la modificación sustancial que ha sufrido el proceso legislativo por imperio de la extraordinaria aceleración que sufren actualmente los sistemas económicos, políticos y sociales mundiales y locales, y por acción, en gran medida de las grandes transformaciones tecnológicas. En tal sentido, el empleo de los llamados *decretos de necesidad y urgencia* y el *otorgamiento de poderes extraordinarios al ejecutivo*, reflejan la incapacidad de los poderes legislativo y judicial de hacerse cargo de la rapidez de las transformaciones que los distintos sistemas que constituyen el entorno están sufriendo.

La *economía*, *eficiencia* y *eficacia* de la gestión, a las que habría que agregar la *equidad*, se convierten en valores que adquieren gran relevancia en la actuación de los poderes públicos, que a su vez hacen que su forma de organización sea cada vez más flexible y autó-

noma, y que los procedimientos y técnicas de actuación se modifiquen adoptando fórmulas de “*management*” empresarial.

Se elaboraron políticas nacionales de modernización administrativa bajo la inspiración de la “*nueva gestión pública*”. Estos parches tendieron a que la Administración imite los mercados, presionada para abandonar el empleo de los aparatos administrativos públicos a favor de corporaciones privadas en la prestación de bienes colectivos y servicios públicos básicos (EVANS, 2003); aquí el Mercado sobredetermina al Estado, sin embargo, sostenemos que, no hay asepsia en Economía, siempre se trata de Políticas Económicas. “Al no responder estos cambios a un sistema, plan o modelo general y constituir muchas de ellas excepciones al *paradigma de racionalidad legal y gerencial* representado por la burocracia weberiana, se han tendido a interpretar muchas veces como “*huidas del derecho*”, lo que en realidad son expresión de las crisis de adaptación del modelo burocrático a las exigencias de buena administración de nuestro tiempo. En realidad, los riesgos de las reformas realizadas no han procedido tanto del alejamiento de las viejas ideas, cuanto de la falta de nuevas ideas con las que encarar los problemas nuevos.

También es cierto que la experimentación de los nuevos diseños institucionales no siempre ha sido acertada. De hecho, nunca se deben desconsiderar los riesgos de la *captura de los intereses públicos* por grupos de interés ya sean políticos, burocráticos, corporativos, empresariales o mediáticos. Prats sostiene que la ética nunca sobra, pero la mala política como la mala administración no se resuelven con ética, sino con buen diseño institucional que incentive el comportamiento político, administrativo, empresarial y cívico correctos y responsables” (PRATS, 2005)

El dato decisivo viene constituido, en todo caso, por los nuevos desafíos que, como consecuencia de los procesos de globalización y transición a la sociedad del conocimiento enfrenta hoy la sociedad, los cuales se traducen en necesidades, valores y demandas sociales nuevas que requieren de un impulso decisivo e inte-

gral a los movimientos espontáneos de reforma administrativa, “se hace necesario impulsar la reforma global de las Administraciones Públicas” “Las administraciones públicas a las que se aspira deben ser un reflejo coherente con la sociedad que se ambiciona. No hay buena administración con mala sociedad y no hay buena sociedad que dure sin una buena administración que la sirva”. La condición necesaria para una auténtica reforma administrativa descansa en la demanda social y la presión política constituidos como valores sociales insertos en la cultura cívica.

Los nuevos desafíos que provienen “de los procesos en curso de globalización y transición a la sociedad del conocimiento están generando una complejidad, diversidad y dinamismo sin precedentes. Están generando asimismo una interdependencia desigual que hace emerger la llamada “sociedad del riesgo” (BECK, 1999, p. 32 y ss)

Las tareas tradicionales de la Administración son alteradas por la exigencia de tareas y condiciones nuevas. Por ejemplo, la búsqueda de bienes públicos indivisibles (servicios “*uti universitatis*”) objeto de la tradicional función de policía se plantea de modo completamente diferente, esta búsqueda no puede hacerse sino de modo parcial y subordinado mediante las intervenciones tradicionales de reglamentación, inspección y sanción, los mecanismos hoy son: creación de observatorios, sistemas de información y conocimiento, sistemas de alerta temprana, entre otros.

De igual manera sucede con las funciones como las de “producción de normas, preparación de políticas y programas o de aseguramiento de bienes públicos divisibles o de mérito mediante la prestación de servicios públicos (*uti singuli*)”.

Las normas, incluida la Ley, deben hoy ser debidamente instruidas, no basta con que sean legítimas jurídico-formalmente; deben manifestar la *ratio* y no sólo la *voluntas*, deben ser fundamentadas en forma suficiente, pero además deben considerar los diversos intereses y valoraciones sociales favoreciendo la deliberación

informada de éstos, sin perjuicio de que la decisión final corresponda a las autoridades democráticas representativas competentes. Es así que el tema de la “calidad de las normas” ha crecido en importancia en los Estados Democráticos de Derecho, calidad que consiste no sólo en rigor técnico y seguridad jurídica, sino en legitimidad democrática, entendiendo por ella, la posibilidad de información y participación deliberativas tutelada efectivamente a los grupos concernidos por las normas.

Unas organización y producción uniformes ya no funcionan en la prestación de los servicios de naturaleza personal (educación, salud, asistencia social, culturales...) con motivo de la diversidad de usuarios a los que se dirigen. El modelo burocrático de organización y prestación de servicios no puede conservar “racionalidad” en “sociedades plurales, desiguales en niveles de cultura y renta, cuando no multiétnicas y pluriculturales”.

Así, formas alternativas surgen, tales como la organización de mercados planificados o cuasimercados, la construcción de competencia mediante distintos mecanismos, legales o económicos, la construcción de modelos que combinan la jerarquía en el centro con redes de agentes plurales de servicio público capaces de articular el esfuerzo y conocimiento que se hallan dispersos entre todos ellos. Sin embargo, el Estado Nación ha de seguir siendo el escenario político central en lo referente a la gobernabilidad, y es en él que las transformaciones mencionadas han de desarrollarse para convertirlo en un recurso potente. Aun cuando hayan de perder poderes tanto hacia entidades locales y supranacionales, esto no implica su pérdida de relevancia y su centralidad política.

Las transformaciones del Estado-nación han repercutido sobre el Derecho, en particular el Derecho Administrativo, en lo que hace a su idoneidad y eficacia para hacer frente a los desafíos actuales productores de riesgo social y de imprevistos catastróficos como son la destrucción del medio-ambiente, la superpoblación, el endeudamiento estatal y la desigual distribución del bienestar.

Es de importancia advertir, que la opacidad del funcionamiento de la democracia en la sociedad de riesgo sobrecarga al sistema político de demandas, y el Estado sólo responde a la coyuntura para poder mantener la gobernabilidad, pero abandona la necesaria e indispensable función del proyecto de sociedad a largo plazo. La toma de decisiones para la ejecución de los recursos públicos no se hace en base a prioridades sino que se van satisfaciendo las demandas por orden de llegada, esta forma de administrar lo común también socava la legitimidad democrática.¹⁷

Se hace entonces imperativa la transformación en la relación entre Administración y ciudadano. Esta debe ser transformada de una relación de *imperium* (relación entre partes que no son equiparables, y que descansa en la orden y su respuesta la obediencia del administrado) en una relación jurídica, (la que proviene del Derecho privado y supone relaciones consensuales). Pero esto no quiere decir que el Estado renuncia a la dirección de la sociedad y a la expresión del interés general, entonces el Derecho Público se ofrece como un atributo al Estado de Derecho (facultad de *oficium*) de disponer sobre el hacer o no hacer de los ciudadanos a los efectos de la configuración social.

Es la dirección social concebida como el servicio al interés general, y en consecuencia es el Derecho una vía no sólo programática, sino decisoria de conflictos y protectora de la arbitrariedad y el abuso del poder, tal como en el Derecho Privado sólo que en las relaciones entre el Estado y el ciudadano. (PAREJO ALFONSO, 1991, pp. 23, 24)

La creciente complejidad y velocidad de las demandas sociales que permite el Estado social democrático de Derecho, conducen en razón de la rigidez heredada de una tradición ligada al modelo anterior, a un grado variable de ingobernabilidad. Esto particularmente se hace patente en la Administración Pública que con-

17 Sin duda, esta nueva realidad nos impone un reajuste categorial, que como dice Vallespín, debe comenzar por la política y el Estado en el ámbito más amplio de la sociedad. VALLESPÍN, F., 2000, p. 14.

serva como tendencia inercial sus regulaciones, reglamentos, competencias, y una cultura ligada al funcionario al servicio del Estado y no al servicio del ciudadano.

Ante la falla burocrática el modelo económico privado se abre paso en el sector público, modelo basado en la empresa y en su preocupación por el coste y la rentabilidad¹⁸. Sin embargo, las ideas de “producto”, “cliente”, o “holding” “como elementos caracterizadores de las relaciones entre el ciudadano y la Administración, no constituyen, desde luego, expresiones o conceptos que resulten familiares o conocidos en el plano de las relaciones jurídico-administrativas”. (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 34)

Y, aunque puede ser beneficioso que la racionalidad económica y eficacia se constituyan en parámetros legítimos de la acción administrativa, se ha de reconocer que existe el riesgo de sustituir la función del Derecho por los mecanismos de mercado. Sin embargo, las sociedades modernas se caracterizan por una neta separación entre el orden económico y el sistema político-administrativo, estas esferas tienen cada una sus propias leyes y modelos teóricos y racionales diferentes. Es así que el criterio de rentabilidad no es el único criterio para que la Administración Pública se guíe, pero el clásico modelo de dirección jurídica debe ser complementado con criterios de *eficiencia*.

De la Administración completamente programada sobre la base del principio de legalidad y de reserva de la actividad administrativa, se estaría en camino a un sistema policéntrico de producción, definición y realización del derecho. La propia programación de la administración sobre la base de la ley se ha transformado al sufrir la ley misma una transformación significativa, la que no sólo consiste en la pérdida de las notas clásicas de generalidad y abstracción, sino también por el cambio en el contenido mismo del

18 Cada vez más las relaciones jurídicas del derecho privado se instalan cómo las únicas posibles. Sin embargo, éstas suponían un marco de buena fe, que ya no funciona, debiendo los contratos establecer todas y cada una de sus cláusulas en forma precisa. (Géhenno, 1995).

mandato legal. La ley deja de responder al esquema mandato general-deber de obediencia de los ciudadanos, para establecer simples apoderamientos, encomiendas, determinaciones de fines y objetivos, así como la búsqueda de soluciones en el caso concreto.

“La globalización no ha debilitado a los Estados que siguen siendo los actores clave en la arena política interna e internacional. Crecientemente el Estado es llamado a actuar como el vínculo entre los diversos actores implicados en los procesos de planificación, regulación, consulta y toma de decisiones¹⁹. El Estado sigue procurando su función de cohesión social, pero ahora apareciendo como el “*hub*” de actividades que conectan distintos actores en los más diversos campos, actividades, regiones, culturas, profesiones e intereses. Para eso no sirven las viejas estructuras burocráticas decisionales jerárquicas. La diferenciación creciente de necesidades, tecnologías, habilidades, ideologías e intereses ha producido una gran difusión del poder.

“Las estructuras monocráticas, compactas, piramidales que constituyen el legado del racionalismo del siglo XVIII ya no representan la realidad de las administraciones públicas contemporáneas...” (Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (2001), *World Public Sector Report. Globalization and the State*).

La globalización está produciendo, en efecto, que todas las políticas internas sean o estén teñidas de internacionalidad. Los Ministerios de Asuntos Exteriores pierden su monopolio tradicional sobre la acción exterior del Estado; los Presidentes se involucran cada vez más en política exterior y de hecho la dirigen. La globalización mejora también las oportunidades de compartir con los colegas de otros países que están viviendo los mismos problemas. Esto no tiene nada que ver con copiar o importar. Exige el desar-

19 También Crouch y Vallespin hacen referencia a las crecientes dudas sobre la legitimidad de los políticos, al constatar una menguante participación electoral, es que en esta relación no es posible redactar y firmar ningún contrato exhaustivo que supla la buena fe. (CROUCH, 2004, p. 8)

rollo de una capacidad política y gerencial ajena a la función pública tradicional, la cual, a juicio de algunos autores, constituye un rasgo destacado de la competitividad nacional.

Todo ello nos lleva a una última y obvia exigencia de la globalización: la redefinición de los conocimientos, actitudes y habilidades requeridos de los líderes políticos y de la función pública. Las habilidades lingüísticas, la sensibilidad multicultural, la capacidad de construcción y manejo de redes; la visión y gestión estratégica; la capacidad de negociar, de construir equipos, de gerenciar la tensión y el conflicto, y, quizás sobre todo, de mantener la credibilidad necesaria para dirigir procesos de experimentación y aprendizaje, resultan aspectos críticos de la reinención del liderazgo político y de la función pública que requiere nuestro tiempo.²⁰ (VALLESPIN, 2003, p. 10).

En tanto Wolkmer sostiene que: “Los paradigmas que produjeron un ethos marcado por el idealismo individualista, por racionalismo liberal y por el formalismo positivista, así como los que mantuvieron la lógica del discurso filosófico, científica y jurídico son cuestionados en su racionalidad y sustituidos por nuevos modelos de referencia”. (WOLKMER, 2017, p. 19)

Aunque las políticas públicas se formulan e implementan crecientemente en base a redes de actores interdependientes, éstas se siguen radicando en los poderes ejecutivos de los diferentes ni-

20 El desinterés por la política cotidiana es explicado por un cambio profundo, concretado en una “crisis del Estado” en su capacidad de dirección y de integración normativa y simbólica...se percibe en la creencia generalizada... de que el mundo no lo mueven las decisiones de los ciudadanos, sino unas lógicas o imperativos más profundos. Hay que contabilizar también otros factores, como la nueva diversificación del público, ... con sus nuevos procesos de individualización y el predominio de estilos de vida ajenos a lo político.... La consecuencia más inmediata es o bien el activismo en movimientos sociales plurales y heterogéneos, o la “fatiga civil”...la apatía política y el “retorno a lo privado”...En definitiva, un paisaje marcado por el pluralismo, la diversidad y la fragmentación, que proyecta una sombra difusa sobre todo el escenario de la política”. Señala además que seguimos manteniendo las mismas categorías y conceptos políticos que funcionaban desde el período de la posguerra mundial.

veles de gobierno. Ante las transformaciones tan radicales que hemos analizado, una parte de la doctrina afirma que la clave radica en el fortalecimiento de las capacidades de apoyo al liderazgo del Ejecutivo con un doble propósito:

1. fortalecer la capacidad de previsión y manejo de los conflictos político-sociales con la intención de hacer del conflicto la oportunidad para acelerar el proceso de aprendizaje social de nuevas reglas, valores y capacidades para la acción colectiva, y
2. garantizar la coherencia de la acción del gobierno tanto entre sus distintos componentes como con los actores relevantes de la sociedad civil y del sector privado. Estas aspiraciones son siempre ambivalentes, el fortalecimiento del Ejecutivo puede desembocar en el autoritarismo, o la acción colectiva puede estar muy lejos de ser posible ante la falta de solidaridad suficiente siquiera para emprenderla; pero siempre hay un lado soleado de la modernidad, una oportunidad para elegir, sacudirse las cadenas y conseguir la mayor libertad posible.²¹

Conclusiones

La situación del parlamentarismo es hoy tan crítica porque la evolución de la moderna democracia de masas ha convertido la discusión pública que argumenta en una formalidad vacía.
“Sobre el parlamentarismo” C. Schmitt

21 El mundo se ha convertido en un gran experimento, en un inmenso laboratorio del desarrollo social y humano, que genera una inmensa fuente de libertad, pero produce nuevas tensiones tanto a nivel cotidiano como a nivel nacional e internacional. *Un mundo en fuga, el fin de la era institucional* de Guéhenno. Ob. cit. p. 71

El paradigma clásico de la División de poderes, en el cual el Poder Legislativo tenía las funciones de elaborar, legislar y controlar se ha modificado sustancialmente, a favor de una cada vez más dinámica actividad del Poder Ejecutivo y en detrimento de un Poder Legislativo cada vez menos activo²².

Asistimos a la producción de una inusitada normativa de emergencia, Decretos de Necesidad y Urgencia, promulgación parcial de las leyes, decretos delegados, intervención federal a las provincias o estados, y la declaración del Estado de Sitio, constituyen el plexo normo-constitucional de la legislación de emergencia.

Los Decretos de Necesidad y Urgencia u Órdenes Ejecutivas son a la vez expresión de soberanía, y como tales surgen históricamente en la Constitución de la restauración francesa, pero siguen apareciendo en las modernas Constituciones, tanto en el Estado de Derecho como en el Estado Social, en la medida en que la unidad del Estado se ve en peligro por la inacción de los cuerpos legislativos, o por imposibilidad de la toma de decisiones ante demandas sociales más dinámicas, atravesadas por la globalización²³

22 Según Hernando (2001, p. 160) “Durante el período de Weimar....en medio de una enorme crisis del Estado de Derecho se desarrolló en Alemania un importante debate entre quienes abogaban por el decisionismo jurídico y quienes aceptando la crisis del derecho positivo aún consideraban relevantes los aportes del Rechtsstaat o Estado de Derecho...ambas tendencias coincidían en un punto: el modelo del Estado de Derecho no podía por sí solo superar las demandas planteadas por la sociedad y esto resultaba un síntoma evidente de que algo en él no marchaba bien”. p. 160

23 Ver PIERRE, Astic, “*La constitution du 5 octobre 1958 et le système politique de la V^e République*”, en «Jean-Marie Auby, Droit Public. Théorie Générale de l’Etat et Droit Constitutionnel. Droit Administratif», tomo 1, Economica, París, p. 139 citado por PÉREZ HUALDE, Alejandro, 1995. “Cabe agregar que no es privilegio de nuestro país presentar esta situación de crisis institucional donde se destaca el Ejecutivo y aparece en pérdida el Legislativo; dice Astic que “el desarrollo considerable del rol del Estado después de un medio siglo, la complejidad y la diversidad de problemas que aquél debe enfrentar, la extrema rapidez de las soluciones que él debe aportar, la internacionalidad de sus consecuencias, hacen que el Parlamento hay devenido en una institución inadecuada para ejercer el poder. Su carácter colegiado, su modo de designación electoral, sus reglas de

Para otros, sin embargo, significan la atribución directa al Ejecutivo de una herramienta poderosísima para la eliminación o elusión del control parlamentario, excluyendo a las minorías.

No parece estar demostrado que fuera del campo de la clase política y de los académicos, en la actualidad los ciudadanos perciban a la legislación de emergencia como fuente de desafección política.

La tradición jurídica centenaria de los juristas que construyeron un Derecho para un Estado limitado y acotado, ya no sirve para orientar la acción de gobierno. Aquel Derecho, aquel Poder, presuponían una docilidad a los mandatos, es decir se consideraban legítimos.²⁴ (SERRAFERO, 2005, p. 166) Aunque, como ya hemos señalado el Estado de Derecho llevaba dentro de sí el remedio a lo imprevisto, a lo accidental, a la emergencia.²⁵

La lógica democrática para SCHMITT siempre supone la existencia de una separación entre “ellos” y “nosotros” los que están dentro del demos y los que se hallan fuera de él. Es la condición misma para el ejercicio de los derechos democráticos. Esta condición entra en tensión con el acento puesto por el liberalismo en el respeto de los derechos humanos, ya que no se puede garantizar que la decisión democrática no afecte algún derecho ya existente. (MOUFFE, 2003, pp. 21, 22) En consecuencia la soberanía del pueblo siempre se encuentra limitada en una democracia liberal.

Sin embargo la tensión entre democracia y liberalismo sólo puede reconciliarse imperfectamente, sólo negociarse, esta nego-

funcionamiento tradicionales no le permiten responder a las exigencias del poder político actual”... “y señala el autor que “desde este punto de vista, nuestras instituciones políticas francesas pueden ser calificadas de “modernas”“.

24 Entendida como gobernabilidad democrática sería para Serrafiero “la cualidad que ostentan las instituciones de gobierno cuando logran actuar con legitimidad y eficazmente” en Serrafiero, 2005, p. 166.

25 Donoso Cortés, Juan expresaba: “...el legislador que en tiempos de disturbios y trastornos aspira a gobernar con las leyes comunes es un imbécil, el que aún en tiempos de disturbios y trastornos aspire a gobernar sin ley es un temerario”, en García Pelayo, Manuel, 1964 p.163

ciación se da entre fuerzas políticas y siempre se establece la hegemonía de una de ellas. Sin embargo, la hegemonía del liberalismo y el neoliberalismo ha negado la existencia de fuerzas opuestas, propugnando por el *consenso centrista o racional*, naturalizando así el *statu quo*. En esto precisamente radica el peligro para la democracia liberal, la negación del enfrentamiento.

MOUFFE propone repensar la democracia liberal en términos de “pluralismo agonístico”, así, pese a reconocer que SCHMITT tiene razón al destacar las diferentes formas en que la lógica universalista liberal se opone al concepto democrático de igualdad, y a la necesidad de constituir políticamente un *demos*, sostiene que es posible no renunciar a una de las dos tradiciones, transformando la relación amigo-enemigo en una de adversarios. Esta relación sigue reconociendo sin embargo, una forma de resolución de conflictos basada en la dicotomía ganadores-perdedores.

Sí hay que renunciar a la “ilusión de que pudiera llegar a producirse un consenso racional allí donde esa tensión se hubiera logrado eliminar, de ahí también la necesidad de comprender que la política pluralista democrática consiste en una serie de formas pragmáticas, precarias y necesariamente inestables de negociar su inherente paradoja. (MOUFFE, 2003, pp. 31, 32)

Entonces, la relación adversarial aparecerá en cada acto político, y se establecerá en función de cómo se resuelva (se quiera o se pueda resolver) el enfrentamiento, condición *sine qua non* de la existencia de la política. Entonces esta nueva relación entre los poderes políticos del Estado y la instrumentación cada vez mayor de la excepción por parte de los ejecutivos ha abierto una brecha de indeterminación entre la Teoría del Derecho Público y su práctica concreta.

Sólo reconociendo esta indeterminación, las modificaciones en los conceptos heredados de la Modernidad, interés general, ley, división de poderes, y equilibrios paradójicos entre democracia y

liberalismo, se podrá conjurar el peligro a que la democracia y la misma convivencia humana están sometidas.

La política encargada del orden, de mediar y encauzar los conflictos, de determinar la *res pública*, de reinventar las instituciones fundamentalmente en momentos de crisis, “es demasiado importante para dejarla sujeta al vaivén de los acontecimientos” (VALLESPIN, 2000, p. 13). Esta política estará “marcada por la recomposición del poder del Estado, obligado a ceder soberanía en áreas anteriormente consideradas sagradas.

En el campo aún llamado política hay que establecer los procesos de fabricación de las reglas, más que construir soberanía. Entonces, es necesario rescatar la conceptualización maquiaveliana del otro aspecto de la política como arte de lidiar con la contingencia.²⁶

Bibliografía

- ASÍS ROIG, R., “*Modelos teóricos del estado de Derecho*” Doxa N° 22, 1999.
 ATRIA, F. “*El derecho y la contingencia de lo político*”. Alicante: Doxa, N° 26, 2003.
 BECK, Ulrich “*La invención de lo político*”. Buenos Aires: FCE, 1999.
 CANOSA USERA, R., “*Interpretación constitucional y fórmula política*”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
 CASÁS, J. O. “*Los principios del Derecho Tributario*” intervención del autor en el *Simposio “Los principios jurídicos: teoría y aplicación a las ramas del derecho”* Buenos Aires, 10 y 11 de septiembre de 1999.

26 Ver Atria (2003, pp. 319, 347, 343). “Desde los inicios de la modernidad hemos entendido lo político como contingente, en el sentido de que podría haber sido de otro modo. Para bien o para mal, ya no podemos encontrar refugio ni en la naturaleza ni en la divina providencia, porque ni la naturaleza ni la divina providencia, nos gobiernan: *nosotros* nos gobernamos, y sólo por eso podemos ser libres. La contingencia de la política es lo que hace posible la libertad. Pero la contingencia de la política aterra, en particular a comunidades políticas que han quedado traumatizadas, como la chilena, después de haber sufrido las consecuencias de esa contingencia, de que las cosas siempre pueden ser de otro modo, incluso del peor modo posible. Es entonces cuando oímos el canto de sirena del derecho, la promesa de que es posible encontrar algo no contingente, algo que puede atarnos cuando el conflicto político se decida de todos modos que a nosotros nos parecen inconvenientes e incluso perversos”.

- CRICK, B., “*En defensa de la política*” España: Criterio Tusquets, 2001.
- CROUCH, C., “*Posdemocracia*” Madrid: Taurus, 2004.
- DÍAZ, E., “*Estado de Derecho y Sociedad democrática*” Madrid: Taurus, 1978.
- DWORKIN, R., “La lectura moral y la premisa mayoritarista” en “*Democracia deliberativa y derechos humanos*” Hongju Koh, H; Slye, R. C. compiladores. Barcelona: Gedisa editorial, 2004.
- FIORAVANTI, M. “*Los Derechos Fundamentales*” Madrid: Editorial Trotta, 2000.
- FIORAVANTI, M. “*Constitución de la antigüedad a nuestros días*” Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- EVANS, P. “El Hibridismo como estrategia administrativa: combinando la capacidad burocrática con las señales de mercado y la democracia deliberativa”, *Revista del CLAD “Reforma y Democracia”*, Caracas, N° 25, febrero 2003.
- GARGARELLA, R. “*La justicia frente al gobierno*”, Barcelona: Ariel, 1996.
- GARGARELLA, R. “*Nos los representantes*” Buenos Aires: Ciepp Miño y Dávila, 1995.
- GÉHENNO, J. M. “*El fin de la democracia*” Paidós, Barcelona, Buenos Aires, 1995.
- GRÜN, E. “La Crisis Del Sistema Jurídico-Político Argentino Desde Un Enfoque Sistémico Y Cibernético (Ii)” *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 5, 2001, 2002.
- HELLER, Á.; Fehér, F., “El Péndulo de la Modernidad” Barcelona: Península, 1994.
- HELLER, H., “*Teoría del Estado*” México: FCE, 1947.
- HERNANDO, E., “Entre la excepción y la regla. El decisionismo jurídico frente a la Escuela de Frankfurt” *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho Isonomía*, N° 14 abril, Alicante, 2001.
- HIERRO, L. L. “Igualdad, Generalidad, Razonabilidad y crisis de la ley” Alicante: Doxa N° 26, 2003.
- KELSEN, H., “*Esencia y valor de la Democracia*” Madrid: Editorial Labor, 1933.
- KRIELE, M. “*Introducción a la teoría del Estado*” Buenos Aires: Depalma, 1980.
- LAPORTA, F., *Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz*, Alicante: Doxa N| 15-16, 1999.
- LAPORTA, F. “*Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley*”. Alicante: Doxa N| 22, 1999.
- LIFANTE VIDAL, I. “*Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*” Alicante: Doxa 25, 2002.
- MACCORMICK, N. “*Orden espontáneo e imperio de la ley: algunos problemas*” Alicante: Doxa N° 6, 1989.
- MOUFFE, C. “*La Paradoja Democrática*”. Barcelona: Gedisa, 2003.

- NINO C. "El hiper-presidencialismo argentino y las concepciones de la democracia" en Nino et al *"El presidencialismo puesto a prueba"*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- Parejo Alfonso, L. "Eficacia y Administración" Instituto Nacional de Administración Pública Boletín Oficial del Estado Madrid, 1995.
- Parejo Alfonso, L. *"Crisis y renovación en el Derecho Público"* Cuadernos y Debate. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- PRATS, J. *"Las transformaciones de las administraciones públicas de nuestro tiempo"* pdf. - Instituto Internacional de Gobernabilidad Barcelona, 2005 url www.ii.gov.org accesible diciembre 2009.
- PRIETO SANCHÍS, L. *"Ley, Principios y Derechos"* Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas". Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998.
- RAWLS, J. *"Liberalismo Político"* México: Fondo de Cultura Económica, Sección de obras de Política y Derecho, 2003.
- SANTOS, B. S. "Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia" Vol I *Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*. Bilbao: Editorial Desclee de Brouwer, 2003.
- SANTOS, B. S. *"De la mano de Alicia: lo social y lo político en la postmodernidad"* Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes, Universidad de los Andes, 1998.
- SANTOS, B. S. *"La transición postmoderna: Derecho y política"*, Doxa N° 6, Alicante, 1989.
- SARTORI, G. *"Partidos y Sistemas de partidos. Marco para un análisis"* Vol I. Alianza, Madrid: Editorial SA, 1987.
- SARTORI, G. *"Teoría de la democracia 1. El Debate contemporáneo"*, Buenos Aires: rei argentina, 1990.
- SCHMIDT-Assmann, E.; *"La teoría General del Derecho Administrativo como sistema"*. Madrid: Marcial Pons. 2003.
- SERRAFERO, M. *"Exceptocracia" ¿Confín de la democracia?* Buenos Aires: Lumiere, 2005.
- VALLESPIN, F. *"El futuro de la política"*. Madrid; Taurus. 2000.
- WOLIN, S., *"Política y Perspectivas"*. Buenos Aires: Amorrortu, 1974.
- WOLKMER, A. C., *"Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho"*, Madrid: Dykinson, 2018.
- WOLKMER, A. C., *"Teoría crítica del Derecho desde América Latina"*. México: Ediciones Akal, 2017
- ZAGREBELSKY, G., *"El Derecho Dúctil"*, Madrid: Editorial Trotta, 1999.

Reseña de Wolkmer, Antonio Carlos, *Teoría crítica del derecho desde América Latina*, Akal, 2017

Marcelo Raffin

Teoría crítica del Derecho desde América Latina de Antonio Carlos Wolkmer (2017) es tanto una síntesis del trabajo de varias décadas del pensador brasileño como una obra de vanguardia en base a las propuestas que ofrece. En efecto, por un lado, tiene el tono del producto de largos años de reflexión y riguroso trabajo en el campo de la teoría crítica del derecho, un trabajo crítico que el autor fue amasando a lo largo de décadas y desde la doble connotada posición de la teoría crítica y desde América Latina, y, por el otro, conlleva la propuesta de nuevas ideas puestas al servicio del diagnóstico provisto por esa crítica doblemente connotada. Estamos entonces, en mi opinión, ante una obra sumamente valiosa puesto que da cuenta, con conocimiento profundo y sólido, del panorama de las corrientes que integran el pensamiento crítico en el campo del derecho, de sus fortalezas y debilidades, de algunos de los debates fuertes que ha suscitado y de ciertas cuestiones y ejes privilegiados de estudio y discusión, así como de una propuesta de acción en los campos académico-epistemológico, político y específico del derecho.

Siguiendo las propias palabras de Antonio Wolkmer, el libro está organizado en torno de cuatro grandes núcleos:

- 1) el análisis de la cuestión de la teoría crítica en general, y en el campo del derecho, en particular;
- 2) las relaciones entre el pensamiento kelseniano y algunas tesis del marxismo clásico sobre el derecho;
- 3) el desarrollo de tres cuestiones fundamentales de las que se ha ocupado particularmente

- 4) la teoría jurídica crítica como los derechos humanos, el pluralismo jurídico y la alteridad/interculturalidad desde una perspectiva latinoamericana y liberadora; y, finalmente,
- 5) el análisis de la cultura jurídica en América Latina, tanto la trasplantada como la producida desde una perspectiva crítica.

Creo que estos cuatro grandes núcleos que Wolkmer propone en una indicación de lectura al comienzo del libro, pueden ser redefinidos de la siguiente manera:

- 1) el que refiere a la teoría crítica en sí y muy especialmente en el campo del derecho;
- 2) la tematización de algunas cuestiones que han constituido ejes problemáticos fundamentales de la teoría crítica en especial latinoamericana, como los derechos humanos, el pluralismo y la alteridad; y
- 3) la propuesta de una serie de indicaciones con el fin de producir un pensamiento jurídico crítico que se transforme en acción y en formas de vida individuales, colectivas e institucionales que permitan la realización de una tarea crítica emancipadora y transformadora.

Pero, ¿a qué nos referimos cuando hablamos de teoría crítica del derecho? Como el propio Antonio Wolkmer lo señala en su libro, a un conjunto de pensamientos provenientes de tradiciones diferentes (básicamente, sistémica, analítica, posmoderna, neohegeliana y neo-marxista), que tuvieron lugar en algunos países de Europa occidental (en especial, pero no únicamente, en Italia, España, Francia y Bélgica), muy particularmente en América Latina y en Estados Unidos, durante los años 1970 a 1990, que apuntaron a llevar adelante una tarea crítica signada sobre todo por la noción de “crítica” elaborada al interior del marxismo, o, para ser más exacto, de ciertas manifestaciones del marxismo en el siglo XX, como ha sido, en particular, el pensamiento de la Escuela de Fráncfort que

acuña específicamente la expresión “teoría crítica”. Así lo subraya ciertamente Wolkmer en su libro, no sin dejar de destacar los límites y los costados débiles que esta teoría puede llegar a tener como consecuencia de sus ascendentes teóricos principales: su relectura de los legados kantiano, hegeliano, freudiano y, por supuesto, marxiano. Es sobre todo por su connotación eurocéntrica que esta expresión de la teoría crítica es pasada por el tamiz crítico de las visiones del sur latinoamericano. Ahora bien, no se debe dejar de poner en claro que la teoría crítica, en su versión francfortiana o en su reformulación crítica periférica y descolonial, mantiene un núcleo de significación básico que refiere a hacer conscientes las condiciones materiales de producción de la vida o de la existencia individual, colectiva y social. La crítica, en esta senda, es entendida, antes que nada, como la concientización de las condiciones de producción de la vida y del mundo, es decir, de la sociedad. Allí reside la piedra de toque de esta posición epistemológica, política y, claro está, jurídica, en la que destacan los ascendentes teóricos, entre otros, de Boaventura de Sousa Santos, la teología y la filosofía de la liberación, la pedagogía del oprimido de Paulo Freire y los desarrollos del feminismo, de la raza, del indigenismo y del “nuevo” constitucionalismo latinoamericano, que convergen en la idea de producir una crítica “desde nosotros mismos”.

En consecuencia, Antonio Wolkmer (2017, p. 23) ofrece una conceptualización de la teoría crítica como el “instrumental pedagógico operante (teórico-práctico) que permite a los sujetos inertes, subalternos y colonizados una toma histórica de conciencia, desencadenando procesos de resistencia que conducen a la formación de nuevas socialidades al ser poseedores de una concepción de mundo antidogmática, participativa, creativa y transformadora”. Wolkmer (2017, p. 23) subraya que “se trata de una propuesta liberadora que no parte de abstracciones, de un a priori dado o de la elaboración mental pura y simple, sino de la experiencia histórico-concreta de lucha, de la práctica cotidiana insurgente, de los con-

flictos contextualizados y de las interacciones sociales y de las necesidades humanas esenciales”.

La teoría crítica del derecho aparece así, como el propio Antonio Wolkmer (2017, pp. 14-15) la define, como “una expresión más auténtica y contrahegemónica de la insatisfacción de grandes parcelas de juristas, investigadores y doctrinarios acerca de la predominante formulación ‘científica’ del Derecho y de sus formas de legitimización en un escenario globalizado y de mundialidad capitalista”.

Aun reconociendo la impropiedad y/o la inexistencia de una teoría crítica jurídica general uniforme y consolidada, Wolkmer destaca que las distintas expresiones del pensamiento jurídico crítico pretenden, sin embargo, tres objetivos básicos comunes:

- 1) cuestionar lo que está normativizado y oficialmente consagrado (en el plano del conocimiento, del discurso, de las instituciones y del procedimiento práctico normativo) en una determinada formación social;
- 2) concebir otras formas no alienantes, diferenciadas y pluralistas de práctica jurídica; y
- 3) formular líneas teórico-prácticas potencialmente capaces de buscar otra dirección o referencial epistemológico a las hegemónicas.

De esta manera, la teoría jurídica crítica pretende un cúmulo de propósitos que, en buena tradición crítica, el autor reúne en dos dimensiones: la teórica y la praxeica. Así, expresa, “en el *nivel teórico*, se busca denunciar los mitos y las falacias que sustentan y reproducen la ciencia jurídica tradicional y la reordenación del Derecho ‘en el conjunto de las prácticas sociales que lo determinan’. Ya en el *nivel de la praxis*, se procura construir el Derecho como un instrumento estratégico de efectiva alteración de las prácticas reales vigentes, capaz de impulsar la construcción normativa de una organización social más justa, democrática y comunitario-participativa” (WOLKMER, 2017, pp. 15-16).

Estos propósitos van a guiar los objetivos últimos que persigue el libro. Estos consisten en proponer específicamente una teoría jurídica crítica descolonial y contribuir al proyecto de lo que Antonio Wolkmer denomina un “nuevo” derecho al servicio de la justicia, la liberación y la dignificación del “otro” en tanto sujeto subalterno insurgente. Estos objetivos se traducen, en definitiva, en la necesidad de producir y de construir una crítica descolonizadora del fenómeno jurídico. Pero la tarea no se detiene allí. De lo que se trata es de implementar estrategias y mecanismos concretos que, como lo destaca el propio autor, “partiendo de reflexiones histórico-materiales y trascendiendo la mera retórica discursiva, especifiquen un proyecto de transformación de lo real” (WOLKMER, 2017, p. 277). De lo que se trata, en definitiva, es de producir un “Derecho insurgente” que, sin perder su dimensión de universalidad, sea el producto de la inmanencia de las luchas sociales que buscan la satisfacción de necesidades fundamentales, en especial, en nuestro caso, en estructuras socio-económicas dependientes y periféricas del Sur, y que propicien el florecimiento de una nueva cultura jurídica.

Mención especial merece el capítulo dedicado a las relaciones entre el pensamiento de Hans Kelsen y algunas tesis del marxismo clásico sobre el derecho, así como los relativos a las problemáticas de los derechos humanos, el pluralismo jurídico y la interculturalidad. En los capítulos sobre la cuestión de los derechos humanos, Wolkmer retoma, muy particularmente, las contribuciones de Joaquín Herrera Flores, jurista y filósofo español, especialista en esta problemática, cuyas ideas merecen ser destacadas. El primer capítulo de este eje es presentado por el autor como un homenaje a la obra del colega español.

La obra se completa con un “Prólogo”, sumamente esclarecedor, de Alejandro Rosillo Martínez de la Universidad de San Luis Potosí, México, y con una bibliografía nutrida, rigurosa y actualizada sobre los problemas analizados y desarrollados. El libro acaba

de ser publicado en una cuidada edición por la prestigiosa editorial Akal. Invito entonces a leerlo, a disfrutarlo y a aprender con los análisis y las propuestas de Antonio Wolkmer.

Bibliografía

WOLKMER, A. C. *Teoría crítica del Derecho desde América Latina*. CDMX; Akal, 2017. p. 23, cursiva del autor.